Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi

İstanbul Üniversitesi Yayınları: 430
Hukuk Fakültesi: 94
Doktora İhtisas Kurları Serisi: 12

Dr. NURULLAH KUNTER
İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul
Hukuku Doçenti

SUÇUN KANUNÎ UNSURLARI NAZARİYESİ



İSMAİL AKGÜN MATBBASI
İSTANBUL—1949

KENDİSİNDEN HER SAHADA FEYZALMAKTA DEVAM ETTİĞİM, ÜNİVERSİTEYE İNTİSABIMDA İRŞAT VE TEVECCÜHLERİNE MAZHAR OLDUĞUM AZİZ HOCAM

ORD. PROF. DR. TAHİR TANER'E

MİNNET VE ŞÜKRANLARIMLA

ÖNSÖZ

Bu kitap, 1947 - 1948 ders yılı zarfında İstanbul Hukuk Fakültesi doktora sınıfında takrir ettiğimiz ihtisas kurlarından meydana gelmiştir. Basılmanın gecikmesini fırsat bilerek, 1949 yılının ortalarına kadar elimize yeniden geçen eserlerden de faydalanmış bulunmaktayız.

Ceza hukukunun hususî kısmının umumî kısma dayandığı gözönünde tutulursa, bu temelin sağlam atılmasındaki lüzum ve fayda derhal anlaşılır. Bu sebepledir ki, çalışmalarımızı ilkönce umumî kısım üzerinde teksif etmek istedik ve ilk ihtisas kuru mevzuu olarak umumî kısmın bilhassa Almanya ve İtalyada son zamanlarda üzerinde fazla durulan bahislerini ele aldık.

Ceza hukukunun suç, ceza ve ceza mesuliyetinden ibaret üç ana bahsinden birini teşkil eden «suç» un unsurları hakkındaki telâkkilerde son otuz - kırk sene içinde büyük değişiklikler kaydedilmiştir. Niyetimiz, doktrindeki bu sahaya müteallik çalışmaları yakından takip edip bir suç nazariyesi kurmaktı. İçine girince, işin genişliğini, derinliğini, bir kelime ile azametini görerek mevzuu bölmek lüzumunu hissettik. Suç umumî nazariyesinin bir dalı olan ve suçun bütün unsurlarını tetkik eden bir suç nazariyesi kurmaktan böylece vazgeçip, bu unsurlar içinde bilhassa yeni cereyanların üzerinde en fazla durduğu ve bizim kanunî diye tavsif ettiğimiz üçünü, yâni tipiklik (tipicità, tipizität), hukuka aykırılık (antigiuridicità, rechtswidrigkeit), ve cezalandırılabilme (punibilità, strafbarkeit) unsurlarını kendimize mevzu seçtik.

Fransız doktrini suçun kanunî unsurları hakkındaki yeni cereyanlara uzak kalmış bulunduğu için, çalışmalarımızda daha ziyade İtalyan ve onun yardımı nisbetinde Alman doktrininden faydalanabildik. Almanca bilmeyişimizin bizi güç bir duruma sokacağını tahmin etmiyor değildik. Fakat güçlüğün bu kadar fazla olacağını doğrusu ummamıştık. Bazı almanca eserlerin fransızca ve italyancaya çevrilmiş olduğuna, İtalyan müelliflerinin almanca eserlerden bol bol faydalanmış bulunduklarına güvenerek yola çıktık. Alman doktrininin bu mevzudaki zenginliğini gördükten sonradır ki, o eserlere bizzat başvurmanın daha iyi bir şey yapmak için zarurî olduğuna kanaat getirmiş bulunuyoruz.

Bu kitap, kanunî unsurlar adı altında topladığımız üç unsur hakkındaki nâçiz görüşlerimizi sistemli bir şekilde ifadeye çalışmaktadır. Bu mevzuda çalışacaklara bir kolaylık olmak üzere, şahsî kanaatlerimizi belirtmekle iktifa etmemiş bulunuyoruz. Rastladığımız bütün fikir ve mütalâaları tasnif ve tesbit ettik. Alman kaynaklarına doğrudan doğruya müracaat edebileceklerin de işini kolaylaştırmak üzere, Alman cezacılarının eserlerine, İtalyan müelliflerinden naklen, sık sık atıflar yaptık.

Kitabımızın, hattâ sadece bu bakımlardan, ceza hukukunun gelişmesinde veya hiç değilse Türk müsbet hukukunun tefsir, tatbik veya tedvininde ufacık bir faydası dokunabilirse, kendimizi bahtiyar addedeceğiz.

İstanbul — Moda, Ağustos 1949

Nurullah KUNTER

P L Â N

GİRİŞ

SUÇ UMUMÎ NAZARİYESİ VE BUNUN İÇİNDE SUÇUN KANUNÎ UNSURLARI NAZARİYESİNİN YERİ

1 — Suç umumî nazariyesinin mevzuu, 2 — Suç umumî nazariyelerinin müsbet hukukla münasebeti bakımından tasnifi, 3 — Kanaatimiz, 4 — Suç umumî nazariyesinin bölümleri, 5 — Suç nazariyesinin mevzuu ve ehemmiyeti, 6 — Çeşitli suç nazariyeleri, 7 — Suç nazariyelerinin üstün tuttukları unsur bakımından tasnifi, 8 — Kanaatimiz, 9 — Suç nazariyelerinin unsura verdikleri mâna bakımından tasnifi, 10 — Kanaatimiz, 11 — Suçun çeşitli tarifleri, 12 — Kanaatimiz, 13 — Unsurların suç bakımından tasnifi, 14 — Unsurların teşebbüs bakımından tasnifi, 15 — Unsurların müsbet olup olmaması bakımından tasnifi, 16 — Suçun kanunî unsurları, 17 — Netice.

BİRİNCİ KISIM

TİPİKLİK

1. § Tipikliğin unsur olarak kabulü.

18 — Terminoloji, 19 — Tipikliğin hukuka yakırılık unsuruna dahil olduğu telâkkisi, 20 — Tipikliğin maddî unsura dahil olduğu telâkkisi, 21 — Tipiklik unsurunun zımnen kabulü, 22 — Tipiklik unsurunun önşart veya vasıf olarak kabulü, 23 — Tipikliğin unsur olarak açıkça kabulü, 24 — Kanaatimiz.

2. § Kanunî tipin muhtevası.

25 — Kanunî tipin suç mefhumundan farksız olduğu telâkkisi, 26 — Kanunî tipin, bütün suçların kurucu unsurlarından mürekkep olduğu telâkkisi, 27 — Kanunî tipin maddî unsurlardan ibaret olduğu telâkkisi, 28 — Kanaatimiz, 29 — Kanunî tipin sübjektif unsurları nazariyesi, 30 — Kanaatimiz, 31 — Kanunî tipin normatif unsurları nazariyesi, 32 — Kanaatimiz.

3. § Tipikliğin şümulü.

33 — Tipikliğin suçlara münhasır olmadığı telâkkisi, 34 — Tipikliğin suçlara münhasır olduğu telâkkisi, 35 — Kanaatimiz.

4. § Tipikliğin mevcudiyeti:

36 — Tipikliğin mevcudiyeti meselesi, 37 — Tipikliğin yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti, 38 — Tipikliğin yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti, 39 — Tipikliğin yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmesi, 40 — Tipikliğin yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmemesi, 41 — Tipikliğin yalnız objektif mevcudiyetinin bazı istisnalarla kâfi görülmesi, 42 — Kanaatimiz.

5. § Tipikliğe tesir eden sebepler.

43 — Kanunî tipin yokluğu, 44 — Kanunî tipe kısmen uygun olmamak, 45 — Kanaatimiz.

İKİNCİ KISIM

HUKUKA AYKIRILIK

1. § Hukuka aykırılığın unsur olarak kabulü.

46 — Terminoloji, 47 — Hukuka aykırılığın maddî unsura dahil olduğu telâkkisi, 48 — Hukuka aykırılığın kusurluluk unsuruna dahil olduğu telâkkisi, 49 — Hukuka aykırılığın tipiklik unsuruna dahil olduğu telâkkisi, 50 — Hukuka aykırılığın cezalandırılabilme unsuruna dahil olduğu telâkkisi, 51 — Hukuka aykırılık unsurunun zımnen kabulü, 52 — Hukuka aykırılık unsurunun vasıf veya şart olarak kabulü, 53 — Hukuka aykırılık unsurunun suç özü veya neticesi olarak kabulü, 54 — Hukuka aykırılığın unsur olarak açıkça kabulü, 55 — Kanaatimiz.

2. § Hukuka aykırılığın mahiyeti.

56 — Hukuka aykırılığın mahiyeti meselesi, 57 — Hukuka aykırılığın objektif mahiyette telâkkisi, 58 — Hukuka aykırılığın sübjektif unsurları nazariyesi, 59 — Hukuka aykırılığın sübjektif mahiyette telâkkisi, 60 — Kanaatimiz, 61 — Objektif hukukî mesuliyet meselesi, 62 — Kanaatimiz.

3. § Hukuka aykırılığın mevzuu.

63 — Hukuka aykırılığın mevzuu meselesi, 64 — Hukuka aykırılığın mevzuunun hareket olduğu telâkkisi, 65 — Hukuka aykırılığın mevzuunun netice olduğu telâkkisi, 66 — Hukuka aykırılığın mevzuunun hareket ve netice olduğu telâkkisi, 67 — Kanaatimiz.

4. § Hukuka aykırılığın şümulü.

68 — Hukuka aykırılığın şümulü meselesi, 69 — Ceza Hukukuna aykırılık telâkkisi, 70 — Bütün hukuk nizamına aykırılık telâkkisi, 71 — Kanaatimiz, 72 — Hukuka aykırılığın şümulü meselesinin ehemmiyeti, 73 — Suçlar ile haksız fiiller arasında mânevi unsur bakımından mahiyet farkı olduğu telâkkisi, 74 — Suçlar ile haksız fiiller arasında maddî unsur bakımından mahiyet farkı olduğu telâkkisi, 75 — Suçlar ile haksız fiiller arasında hukuka aykırılık bakımından mahiyet farkı

olduğu telâkkisi, 76 — Suçlar ile haksız fiiller arasında mahiyet farkı olmadığı telâkkisi, 77 — Kanaatimiz.

5. § Hukuka aykırılığın tâyini.

78 — Hukuka aykırılığın tâyini meselesi, 79 — Hukuka aykırılığın şekliliği, maddiliği ve bölünmezliği mefhumları, 80 — Maddî aykırılığın hukukdışı kalması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şekli olabileceği telâkkisi, 81 — Maddî aykırılığın, sucun unsuru veya neticesi olması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şekli olabileceği telâkkisi, 82 — Maddî aykırılığın kanun koyucu görüşü olması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şekli olabileceği telâkkisi, 83 — Hukuka aykırılığın ancak maddî olabileceği telâkkisi, 84 — Hukuka aykırılığın şekliliği yanında mevcut maddiliğini sübjektif hakların zarara veya tehlikeye sokulmasiyle izah eden telâkki, 85 — Hukuka aykırılığın şekliliği yanında mevcut maddiliğini muayyen hayati menfaatlerin veya hukuki varlıkların zarara veya tehlikeye sokulmasiyle izah eden telâkki, 86 — Hukuka aykırılığın şekliliği yanında mevcut maddiliğini medeniyet normlariyle izah eden telâkki, 87 — Hukuka aykırılığın şekliliği yanında mevcut maddiliğini doğru hukuk ile izah eden telâkki, 88 — Hukuka aykırılığın şekliliği yanında mevcut maddiliğini cemiyete aykırılık ile izah eden telâkki, 89 — Hukuka aykırılığın bölünmezliği telâkkisi, 90 — Kanaatimiz.

6. § Hukuka aykırılığın mevcudiyeti

91 — Hukuka aykırılığın mevcudiyeti meselesi, 92 — Hukuka aykırılığın hem sübjektif, hem objektif bakımdan mevcudiyeti, 93 — Hukuka aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti, 94 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti, 95 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmemesi, 96 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmesi, 97 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin, hatanın hukuki normlara taallûk etmesi halinde kâfi görülmesi, 98 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin, hukuka aykırılığı bilmek imkânsızlığı halinde kâfi görülmemesi, 99 — Kanaatimiz.

7. § Hukuka hususî aykırılık.

100 — Bazı suçlarda hususi olarak aranan hukuka aykırılık unsurları, 101 — Hukuka hususi aykırılık meselesi, 102 — Hukuka hususi aykırılığın fiile taallûk eden bir vasıf veya şart olduğu telâkkisi, 103 — Hukuka hususi aykırılık ile umumi aykırılık arasında fark olmadığı telâkkisi, 104 — Hukuka hususi aykırılık ile umumi aykırılık arasında fark olduğu telâkkisi, 105 — Kanaatimiz, 106 — Hukuka hususi aykırılığın mevcudiyeti meselesi, 107 — Hukuka hususi aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti, 108 — Hukuka hususi aykırılığın yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti hakkında telâkkiler, 109 — Kanaatimiz.

8. § Hukuka aykırılığa tesir eden sebepler.

110 — Terminoloji, 111 — Hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda yazılı olması lüzumu, 112 — Hukuka uygunluk sebeplerinin tesiri, 113 — Hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırılığı kaldırmak şeklinde tesir ettiği telâkkisi, 114 — Hukuka

uygunluk sebeplerinin hukuka aykırılığın teşekkülüne mani olmak şeklinde tesir ettiği telâkkisi, 115 — Kanaatimiz. 116 — Hukuka uygunluk sebeplerinin çeşitleri.

ÜÇÜNCÜ KISIM

CEZALANDIRILABİLME

1. § Cezalandırılabilmenin unsur olarak kabulü.

117 — Terminoloji, 118 — Cezalandırılabilmenin unsur olmadığı telâkkisi, 119 — Cezalandırılabilmenin bir unsur olarak zımnen kabulü, 120 — Cezalandırılabilmenin vasıf, suç özü veya netice olarak kabulü, 121 — Cezalandırılabilmenin unsur olarak açıkça kabulü, 122 — Kanaatimiz.

2. § Cezalandırılabilmenin şümulü.

123 — Cezalandırılabilmenin şümulü meselesi, 124 — İkici nazariye taraftarlarına göre cezalandırılabilmenin şümulü, 125 — Tekçi nazariye taraftarlarına göre cezalandırılabilmenin şümulü, 126 — Kanaatimiz.

3. § Şarta bağlı cezalandırılabilme.

127 — Cezalandırılabilmenin şarta bağlanması meselesi, 128 — Terminoloji, 129 — Cezalandırılabilme şartları mefhumunun ortaya çıkışı, 130 — Cezalandırılabilme şartlarının suç nazariyesi içindeki yeri meselesi, 131 — Cezalandırılabilme şartlarının müstakil varlığı olmadığı telâkkisi, 132 — Cezalandırılabilme şartlarının suç nazariyesi dışında kalan müstakil varlığı olduğu telâkkisi, 133 — Cezalandırılabilme şartlarının hususi unsur olduğu telâkkisi, 134 — Cezalandırılabilme şartlarının müstakil umumi bir unsur olduğu telâkkisi, 135 — Cezalandırılabilme şartlarının, cezalandırılabilme unsurunun bir şartı olduğu telâkkisi, 136 — Kanaatimiz.

4. § Cezalandırılabilme şartları ile fail arasındaki ruhi alâka.

137 — Cezalandırılabilme şartları ile fail arasındaki ruhi alâka meselesi, 138— Cezalandırılabilme şartlarının objektif bakımdan mevcudiyeti ile iktifa olunacağı telâkkisi, 139 — Cezalandırılabilme şartlarının sübjektif bakımdan mevcut olamıyacağı telâkkisi, 140 — Kanaatimiz.

5. § Cezalandırılabilme şartları ile hareket arasındaki sebebiyet alâkası.

141 — Cezalandırılabilme şartı ile hareket arasındaki sebebiyet alâkası meselesi, 142 — Sebebiyet alâkasının bulunmamasının zaruri olduğu telâkkisi, 143 — Sebebiyet alâkasının bulunmasının zaruri olmadığı telâkkisi, 144 — Sebebiyet alâkasının bulunmasının zaruri olduğu telâkkisi, 145 — Kanaatimiz.

6. § Cezalandırılabilme şartları ve suçun safhaları.

146 — Cezalandırılabilme şartları ve teşebbüs arasındaki münasebet hakkın-

KISALTMALAR

c.	:	Cilt
CK 161/2	:	Türk Ceza Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrası.
CK 288 : 1	:	Türk Ceza Kanununun 288. maddesinin birinci bendi.
CMUK	:	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu.
k.	:	Kitap.
m.	:	Madde.
n.	:	Numara (kitaptaki bahis numaralarını göstermektedir).
s.	:	Sahife.
s. g. e.	:	Sözü geçen eser.
Yt	:	Yargıtay.
Yt 1. CD	:	Yargıtay Birinci Ceza Dairesi.
Yt C Gk	:	Yargıtay Ceza Genelkurulu.
Yt İ B Gk	:	Yargıtay İçtihat Birleştirme Genelkurulu.

Kitap isimlerindeki kısaltmalar için bibliyografyaya bakınız.
Mecmualarda cilt, fasikül ve sahife numaraları şöyle gösterilmiştir: 1946, II, 35.

GİRİŞ

SUÇ UMUMÎ NAZARİYESİ VE BUNUN İÇİNDE SUÇUN KANUNÎ UNSURLARI NAZARİYESİNİN YERİ

1 — Suç umumî nazariyesinin mevzuu.

Suç umumî nazariyesi [1], suçu bir hukukî müessese olarak ele alır. Suç umumî nazariyesinin mevzuu olan suç, bu itibarla müşahhas değildir, mücerret bir suçtur, bir diğer söyleyişle fiil - suç değil, hukukî müessese-suçtur.

Suç umumî nazariyesi, Ceza Kanunlarının hususî kısmında yazılı olduğu için hususî diyebileceğimiz suçları umumî olarak tetkik eder. Bu tetkik, evvelâ hususî suçların hususî unsurlarının umumîleştirilmesinden meydana gelen umumî unsurlardan terekküp eden umumî bir suç tipini (reato, tipo, Verbrechenstypus) ele almakla başlar. Her suçta mevcut olan umumî unsurlar mütalâa olunur. Her suça tatbik edilebilen hükümler incelenir. Suç nazariyesinin bu safhasını, bütün suçlara hâkim olan esasları tesbit ettiği için, ceza kanunlarının umumî kısmının suça müteallik hükümlerinin nazariyesi olarak kabul etmek de mümkündür.

Bundan sonra tetkikin ikinci safhası gelir. Bu safhada hususî suçların unsurları sistemlere irca edilir. Aralarındaki münasebetler gruplaş-

---

[1] *Teoria generale del reato; théorie générale du délit* karşılığı olarak *«Umumî suç nazariyesi»* yerine, pek alışık olmamamıza rağmen, «Suç umumî nazariyesi» tâbirini kullanmayı zarurî gördük. Zira ancak bu suretle, umumî sıfatının suça değil, nazariyeye taallûk ettiğini göstermek, umumî suç nazariyesi ile suç umumî nazariyesi arasındaki farkı belirtmek mümkün olabilecektir.

tırılarak incelenir. Artık her suçun değil, fakat belli bir grupa dahil suçların unsurlarının teşkil ettiği gruplar bahis mevzuudur. Masalâ, kusur, umumî bir unsurdur. Her suçta vardır. Fakat hususî suçlardaki kusur unsurları tetkik olunduğu zaman, bunların, hususî suçların mânevî unsurlarına nazaran biraz daha umumî olan gruplara ircaı mümkün olduğu görülmüştür. Bu suretle kasıt ve taksir mefhumları meydana gelmiştir. Adam öldürme kasdı, hırsızlık kasdı gibi hususî suç mânevî unsurları bu suretle kasıt grupu içinde, bir dereceye kadar umumî olarak mütalâa edilmiştir. Hattâ son zamanlarda İtalyan doktrini, (başka suç kasdi) diye tercüme edebileceğimiz (preterintenzione) adlı bir üçüncü kusur şeklinden de bahsetmektedir.

Suç umumî nazariyesinin bu ikinci safhasında şimdiye kadar sadece hususî mânevî unsurlar ve bir dereceye kadar hukuka aykırılık ve cezalandırılabilme unsurları ele alınmıştır. Fail, meful, zaman, mekân, vasıta vesaire gibi çeşitli bakımlardan hususiyetler arzeden hususî maddî unsurların umumî bir nazariyesinin lüzumundan ancak son zamanlarda bahsedilmeğe başlanmıştır. Biz de, bu hususta oldukça esaslı bir adım atmış olan Grispigni [2] ile birlikte, hususî kısmın umumî bir nazariyesinin henüz yapılmamış olmasını, bir ilim olmak bakımından, ceza hukukunun hakikaten bir noksanı saymaktayız. Filhakika, bugün, ceza hukukunda en ileri memleketlerde dahi, hususî suçlar, kanundaki sıraya göre şerh yoluyla anlatılmaktadır. Halbuki hakikî ilim, hususî hükümler arasındaki münasebetlerin ve sistemlerin izahına geçildiği, mevzu umumî bir şekilde tetkik edildiği anda başlar. Bütün hususî suçların umumî bir nazariyesi, bilhassa çeşitli olan maddî unsurlar arasındaki münasebetleri sistemlere irca etmenin yolunu gösterecektir.

Suç umumî nazariyesi, suçu tamamen hukuk zaviyesinden tetkik eder. Bu sebepledir ki Ferri, suç nazariyesine, suçun hukukî anatomisi adını vermiştir [3]. Bilindiği gibi anatomi, biri tasvirî (descriptive), diğeri tekevvünî (génétique) olmak üzere iki kısma ayrılır. Suçu sadece Ceza Hukuku bakımından tetkik eden suç umumî nazariyesinin benzetildiği anatomi, tasvirî anatomidir. Suçun ruhî, uzvî ve içtimaî bakımdan tetkiki ise tekevvünî anatomiye benzetilmiştir. Ceza hukukunun sahası dışında kalan bu tetkik, suçluluk meselelerini toplu bir şekilde ele alan ve suçlulukla savaş ilmi diye tarif edebileceğimiz «kriminoloji» ye düşer. Suçlulukla savaşta Ceza Hukukunun ve mevzuumuz dolayısiyle suç umumî nazariyesinin büyük ehemmiyetini inkâr edecek değiliz. Fakat hakikî bir cezacıya yâni

---

[2] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. II. s. V ve 128.

[3] FERRI : *Principi*, s. 386.

kriminolog'a düşen işin, suçun sadece hukukî bakımdan tetkikiyle bitmemiş olacağını da, bu vesile ile belirtmek isteriz [4].

2 — Suç umumî nazariyelerinin müsbet hukukla münasebeti bakımından tasnifi.

Suç umumî nazariyelerinin suçu tamamen hukuk çerçevesi içinde mütalâa ettiklerini belirtmiş bulunuyoruz. Buna rağmen, hukuk kelimesine verilecek mâna bakımından şu mesele ile karşılaşabiliriz: Suç nazariyeleri müsbet hukuka bağlı kalmalı mıdırlar? Bu suale verdikleri cevap bakımından, suç nazariyelerini iki grupa irca etmek mümkündür:

I — Müsbet hukuku esas tutan nazariyeler. Bu nazariyelere göre, hukukçu için müsbet (= mevzu) hukukun üstünde, değişmez bir âleme mensup bir suç nazariyesi yoktur. Suç nazariyelerinin bugünkü durumunun arap saçı manzarası arzetmesi, umumiyetle mücerret mahiyette spekülâsyonlar yapılmış olmasındandır. Artık göklerden yere inmek, realitelere bakmak zamanı gelmiştir. Suç nazariyesi ancak müsbet hukuka göre suçu tarif etmeli, unsurlarını, hükümlerini ancak müsbet hukuk çerçevesi içinde kalarak tayin etmelidir. Mevzu hukukun kabul etmediği bir vasfın, kanunlarda kabul edilmiş müesseseleri izah edemiyen bir unsurun, mevzuata aykırı düşen bir sistemin, ne ilmî ve ne de tatbikî değeri vardır.

Müsbet hukuka bağlı kalmanın hararetli taraftarlarından olan Battaglini, klâsik olan maddî ve mânevî unsurlara bir üçüncüsü olarak «cezalandırılabilme» nin ilâvesini, 1930 tarihli İtalyan Kanununa dayanarak istemekte, bu kanunun kabul ettiği yeniliklerin suç nazariyelerinde de bir üçüncü unsur ilâvesi şeklinde bir değişikliğe sebep olmasını zarurî görmektedir [5].

II — Rasyonel hukuku esas tutan nazariyeler. Bu nazariyelere göre de, müsbet hukuktan tamamen müstakil olarak suçun tarifi yapılmalı, unsurları, hükümleri araştırılmalıdır. Sadece mevcut kanunlar çerçevesi içinde bağlanıp kalmak, ilmî bir araştırmaya yakışmaz. Doktrin, ilmî tetkiklerin temelini teşkil eden spekülâsyonlardan kendini mahrum ettiği anda, mevzu hukuku tenkit etmek ve kanun koyuculara yol göstermek vazifesini yapamaz hale gelir.

---

[4] KUNTER: *Kriminoloji; suçlulukla mücadele ilmi.* Adliye ceridesi, 1942, I 78.

[5] BATTAGLINI: *Diritto penale;* s. 84.

3 — Kanaatimiz.

Kanaatimizce her iki tezin de haklı tarafları vardır. Mevzuatı hiçe sayarak kurulan bir suç nazariyesi ne kadar noksan ise, sadece mevcut hükümleri bir sisteme bağlamağa çalışmak ve başka memleketler mevzuatı ile mukayese etmemek veya suç ve cezanın gayeleri hakkındaki şahsî kanaatlerin mihengine vurmamak da o kadar kusurludur. Kaldı ki, çok defa sistemli hareket etmemiş olan kanun koyucuların sevketmiş oldukları hükümler arasında sistem aramağa çalışmak da pek semereli olmamaktadır.

Bizce, suç umumî nazariyesi iki sistemi birlikte tatbik etmelidir ve buna imkân da mevcuttur. Biz, bu eserimizde, suç umumî nazariyesinin ancak kanunî unsurlar nazariyesi ile meşgul olabileceğiz. Kendimize çizdiğimiz bu sınırlar içinde, suçun kanunî unsurlarını Türk Ceza Kanunundan, Türk mevzuatından çıkarmağa çalışacağız. İmkânlarımız nisbetinde yabancı mevzuata da bakacağız. Suçun her yerde arzettiği vasıfları nazara alarak, her yerde tatbiki kabil bir suç nazariyesi kurmağa çalışacağız. Türk ve yabancı mevzuatın da üstüne çıkıp, rasyonel hukuka göre tenkidî bir görüş elde etmeğe, bu arada kanunlarımızın hazırlanmasında kabulü gereken sistemin ne olduğunu göstermeğe gayret edeceğiz.

4 — Suç umumî nazariyesinin bölümleri.

Suç umumî nazariyesi, suçu her bakımdan inceler. Suç umumî nazariyesi, maddelerin, fasılların, babların, kitapların ve kanunların üstünde hâkim bir noktaya çıkarak hepsine toplu bir bakış temin eder.

Tetkik sahası bakımından suç umumî nazariyesini iki büyük kısma ayırmak mümkündür:

1) *Suç unsurları nazariyesi* veya sadece *suç nazariyesi.*

2) *Suçun tezahür şekilleri nazariyesi.*

Suç nazariyesi, basit veya mevsuf herhangi bir suçun tam olarak mevcut olması için gereken şartları kendisine mevzu edinir.

Suçun tezahür şekilleri nazariyesi ise, herhangi bir suçun hangi şekillerde meydana gelebileceğini araştırır. Suçun tam olarak teşekkül edip etmemesine, failin bir kişi olup olmamasına, bir kimsenin işlediği suçların tek veya müteaddit bulunmasına göre suçun tezahür şekilleri nazariyesi de üç bölüme ayrılır:

a) Teşebbüs nazariyesi,
b) Suçun taaddüdü nazariyesi,
c) Suçlunun taaddüdü nazariyesi.

5 — Suç nazariyesinin mevzuu ve ehemmiyeti.

Suçun unsurları nazariyesi de denilen suç nazariyesi, yukarıki bentte işaret edildiği gibi, basit veya mevsuf herhangi bir suçun tam olarak mevcut olması için gerekli şartları yâni unsurları tetkik eder. Bir diğer söyleyişle, suç nazariyesi, mevsuf olması da mümkün olan bir suçun umumî yapısını tanıtır. Tam bir suç vardır, demek için neler lâzım geldiğini gösterir. Suç nazariyesinin bu esaslı faydası yanında şunları da saymak mümkündür:

Suç nazariyesi, suç olanı, suç olmıyandan ayırdetmeğe yarayacak hususları araştırır.

Suç nazariyesi, suçun özünü ve yapısını anlatmak için Ceza Hukuku tedrisatında takip edilecek yolu gösterir.

Suç nazariyesi, pratik hukukta rastlanılan meseleleri çözmeğe yarar. Filhakika tatbikatta karşılaşılan meselelerin hemen çoğu prensip noktalarına dayanılarak halledilir. Halbuki, her ilimde oduğu gibi, Ceza Hukukunda da en fazla münakaşa edilen mevzular, en umumî mefhumlardır. Bu itibarla, bu esaslı meselelerin her şeyden önce halli lâzım gelmektedir. İşte suç nazariyesi, suçun tam sayılmasına taallûk eden Ceza Hukukunun esaslı meseleleri karşısında bir cephe almayı gerektirmesi bakımından tâli meselelerin hallini de kolaylaştırmış olmaktadır.

Mevzuumuz olan suçun kanunî unsurları nazariyesi, suç nazariyesinin bir bölümünü teşkil ettiğinden, suç nazariyelerini kısaca gözden geçirmek ve bunlar muvacehesinde durumumuzu tesbit etmek lüzumunu duymaktayız.

6 — Çeşitli suç nazariyeleri.

Suç nazariyesi, başka bir deyişle, suç umumî nazariyesi kadar görüş ayrılıklarına sebep olan mevzular çok nadirdir. Diyebiliriz ki, hemen her müellif ayrı bir suç nazariyesi kurmuştur.

Suç unsurları hakkında ilk araştırmaları yapan on altıncı asır cezacıları, skolâstik zihniyet tesiri altında, dört sebebe göre dört unsur taraftarıydılar. Meselâ Deciani, şekli sebep olarak (kanun) u, maddî sebep

olarak (irade ve fiil) i, müessir sebep olarak (insan) ı, gaî sebep olarak da (saik) i kabul ediyordu [6].

Almanyada suç unsurlariyle ilk defa on sekizinci asırda meşgul olunmuştur. Böhmer de dört unsur kabul etmekteydi. Bunlar da 1) Serbset hareket, 2) Hukuka aykırılık, 3) Kusurluluk, 4) Cezalandırılabilmeden ibaretti [7].

Suç unsurları nazariyeleri bilhassa on dokuzuncu asırdan itibaren gelişmeğe başlamışlardır. Burada bütün suç nazariyelerini gözden geçirmeğe ne imkân ve ne de lüzum görüyoruz. Sadece, mevzuun muğlâklığı hakkında bir fikir vermek üzere, unsur sayısına göre yaptığımız kaba bir tasnif çerçevesi içinde bazı misaller vermekle iktifa edeceğiz.

A) İki unsur taraftarları. Suç unsurları bakımından klâsik diyebileceğimiz nazariye, suçun iki unsuru olduğunu kabul etmektedir. Bunlar da maddî ve mânevî unsurlardır. Meselâ Carrara bu fikirdedir [8]. Fakat bu müellif, unsur yerine kuvvet denilmesini daha doğru bulmaktadır. Carrara'ya göre, iki kuvvet suçu meydana getirir. Bunlar da (mânevî kuvvet) ile (fizik kuvvet) tir. Her iki kuvvet de sübjektif ve objektif bakımlardan mütalâa edilmektedir. Sübjektif mânevî kuvvet, irade ve zekâdır. Buna Carrara, (dahilî kuvvet) adını vermektedir. Objektif mânevî kuvvet, failin hareketiyle verdiği kötü örnek ve yaptığı korkutma tesiridir. Sübjektif fizik kuvvet ise, failin suçu meydana getiren faaliyetidir. Carrara buna da (haricî kuvvet) demektedir. Objektif fizik kuvvet ise suçtan husule gelen maddî zarardır. Maamafih, ilâve etmek lâzımdır ki, Carrara, dahilî kuvvetten suçun mânevî unsurunun, haricî kuvvetten maddî unsurunun, haricî ve dahilî kuvvetlerin birleşmesinden de siyasî unsurun meydana geldiğini ve insanın hareketinin maddî ve siyasî vasıfları olmadıkça suç sayılamıyacağını kabul etmekte, fakat bu siyasî unsur üzerinde durmamaktadır [9].

Ekseriyet, unsur kelimesini tercih etmiştir. Meselâ Florian, suçun muhtevasını teşkil eden unsurları sübjektif ve objektif diye tavsif etmiştir [10]. Arızî olarak mevcut olup suçun ağırlığını azaltan veya çoğaltan sebepleri kurucu unsurlardan ayıran Florian, diğer taraftan, suçun hukukî mefhumunun dört şartından bahsetmektedir. Bunlar da fiil, ku-

---

[6] DECIANI : *Tractatus criminalis*. Venezia, 1590. Lib. II, cap. II (Battaglini' den naklen : *Diritto penale*, 86).

[7] V. HIPPEL : *Manuale*, s. 119.

[8] CARRARA : *Programma*, c. I, § 53 - 57.

[9] CARRARA : *Programma*, § 58.

[10] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 398.

surluluk, hukukaaykırılık, ve cezalandırılabilmeden ibarettir [11]. Manzini'ye göre de maddî ve mânevî iki çeşit kurucu unsur vardır, fakat bunlardan ayrı olarak önşartlar (presupposti) ve cezalandırılabilme şartları da mevcuttur. Önşartlar, fiile ve suça ait olmak üzere iki çeşittir. Fiile ait önşartlar, herhangi bir suçun mevcudiyeti için önceden bulunması hukukan ve mantıkan gereken hususlardır. Suça ait önşartlar ise, belli bir suçun mevcudiyeti için önceden bulunması zarurî olan hususlardır. Bunlar bulunmazsa o suç teşekkül etmez, fakat başka bir suç meydana gelir. Cezalandırılabilme şartları da fiilin icrası sırasında veya sonra meydana çıkan, icraî veya ihmalî harekete yabancı olan unsurlardır. Suçun mevcudiyeti üzerinde müessir olmayıp, sadece isnadiyeti veya cezayı tâdil eden sebepler de, Manzini'ye göre, suçun kurucu unsurlarına yabancı olan unsurlardır [12].

Ranieri de unsurları, kurucu ve arızî olarak ikiye ayırdıktan sonra kurucu unsurları maddî ve mânevî diye tavsif edenlerdendir. Bu müellif fiilin tipik olmasını, hukuka aykırı bulunmasını, cezalandırılabilmesini, suçun esaslı vasıfları olarak saymaktadır [13].

Antolisei bu iki esaslı unsura (maddî fiil) ve (kusurlu irade) adlarını da vermektedir [14].

Alman cezacıları arasında da, Nasyonal - Sosyalist Almanyada büyük bir gelişme kaydeden iradî ceza hukuku (Willenstrafrecht) telâkkisine dayanmak suretiyle an'anevî üçlü Alman taksiminden ayrılanlar ve hukuka aykırılığı da ihtiva eden bir kusurluluk unsuru ile fiil unsurundan mürekkep ikili bir sistem ileri sürenler de olmuştur [15].

B) Üç unsur tarafları. Bazı müellifler de suçun üç unsuru olduğunu iddia ederler. Umumiyetle Alman doktrini ve meselâ V. Hippel [16], ve bugünkü İtalyan doktrininin büyük bir kısmı, meselâ Delitala [17], Petrocelli [18], Bettiol [19], Maggiore [20], birincisi fiil veya hareket,

[11] FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 374.

[12] MANZINI: *Trattato*, c. I, s. 427, 431.

[13] RANIERI: *Diritto penale*, s. 81, 164.

[14] ANTOLISEI: *Manuale*, s. 134. İlâve edelim ki, Antolisei, daha önce neşretmiş olduğu *Elementi di diritto penale* kitabında maddî fiil yerine beşerî fiil tâbirini kullanmıştır (s. 93).

[15] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 116.

[16] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 120.

[17] DELITALA: *Il fatto nella teoria generale del reato.* 1930 (Battaglini'den naklen: *Diritto penale*; 115).

[18] PETROCELLI: *Principii*, c. I, s. 280.

[19] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 137.

[20] MAGGIORE: *Diritto penale*, c. I, k. 1, s. 204.

ikincisi kusurluluk, üçüncüsü de hukuka aykırılık olmak üzere üç unsur kabul etmektedir.

Fransada da Donnedieu de Vabres, birincisi kanunî, ikincisi maddî ve üçüncüsü mânevî olmak üzere üç unsur kabul etmektedir [21]. Bu görüş tarzı bugün Türk doktrinine hâkim bulunmakta ve Profesör Tahir Taner [22] ve Profesör Baha Kantar [23] suçun bu üç unsurdan teşekkül ettiğini söylemektedirler.

Yine üçlü sisteme taraftar olan Battaglini'nin görüşü [24] bir hususiyet arzetmektedir. Suçun şeklî târifini «kanunî tipte tarif edilen, kusurlu olarak işlenen, hakkında ceza tatbik edilen beşerî fiil» diye veren bu müellif, bu tariften suçun şu üç unsurunu çıkarmaktadır: 1) Kanunî tipe (veya modele) uygun fiil, 2) Kusur, 3) Cezalandırılabilme.

Evvelce (fiil - hukuka aykırılık - kusurluluk) şeklindeki an'anevî üçlü Alman taksimine taraftar olan Mezger, bugün birincisi hukuka aykırı fiil, ikincisi kusur isnadı ve üçüncüsü ceza tehdidi olmak üzere bir başka üçlü sistem kabul etmektedir [25].

C) Dört unsur taraftarları. Suçun dört unsuru olduğunu söyliyen cezacılar da mevcuttur. Meselâ Garraud'ya göre [26] dört kurucu unsur şunlardır: 1) Maddî unsur, 2) Mânevî unsur, 3) Kanunî unsur, 4) Haksızlık unsuru. Garraud kusurluluk adını verdiği mânevî unsura ve dolayısiyle cezaya tesir eden sebepleri de unsur olarak kabul etmekte ve bunlara ârızî sıfatını vermektedir.

Von Liszt de suçu «ceza ile tehdit edilen kusurlu ve hukuka aykırı hareket» diye tarif ettikten sonra: 1) Hareket, 2) Hukuka aykırılık, 3) Kusur, 4) Ceza tehdidi olarak dört unsur kabul etmektedir [27].

Pannain de, netice itibariyle, dört unsur taraftarıdır [28]. İkisi objektif (hareket ve netice), biri sübjektif (kusurluluk) olarak üç kurucu esaslı unsur kabul eden bu müellif, esaslı unsurların diğer nevini de cezalandırılabilme şartı diye ifade eylemektedir.

---

[21] DONNEDIEU DE VABRES: *Traité;* s. 52.

[22] TANER: *Ceza Hukuku,* s. 82.

[23] KANTAR: *Ceza Hukuku,* s. 78.

[24] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 84.

[25] MEZGER: *Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss.* 1938; s. 37 (Battaglini'den naklen: *Diritto penale,* s. 491).

[26] GARRAUD (R.): *Traité,* c. I; s. 289.

[27] V. LISZT: *Traité,* § 26, s. 169.

[28] PANNAIN: *Manuale,* s. 183.

Grispigni'nin kabul ettiği [29] dört unsur da şunlardır: 1) Hareket (condotta), 2) Kanunî tipe uygunluk, 3) Kusurluluk, 4) Haklılık sebebi olmaması. Grispigni bu sonuncu unsura, menfi unsur adını vermektedir.

ç) Beş unsur taraftarları. Beşli tasnifi kabul edenlerden Vannini, bunların dördüne müsbet, birine menfi unsur demektedir [30]. Müsbet unsurlar, hareket, netice, kusurluluk ve isnadiyetten ibarettir. Menfî unsur ise haklılık sebebi olmamasıdır.

Vidal ve Magnol da suçun beş unsuru olduğunu söylemektedirler [31]. Kabul ettikleri unsurlar şunlardır: 1) Fail, 2) Mağdur, 3) Mevzu, 4) Maddî ve haricî icraî hareketler (actes), 5) Kusur.

Suçun beş unsuru olduğu kanaatinde bulunan Beling ise [32], bunları şöylece saymaktadır: 1) Kanunî tipe uygunluk (Tatbestandmässigkeit), 2) Hukuka aykırılık (Rechtwidrigkeit), 3) Kusurluluk (schuld), 4) Belli bir cezaî müeyyidesi oluş (Passen einer bestimmten Strafdrohung), 5) Cezalandırılabilme şartlarının mevcudiyeti (Vorliegen der Strafdrohungsbedingungen).

D) Altı unsur taraftarları. Carnelutti, suçun unsurlarını altıya çıkaranlar arasındadır. Suçu unsurlarına ayırdığı zaman şahısları ve eşyayı bulan [33] bu müellif, doktrinde umumiyetle unsur adı verilen kurucu farik vasıfları, statik ve dinamik olarak ikiye tefrik etmektedir [34]. Statik vasıflar: 1) Şahısların ehliyeti, 2) Eşyanın elverişliliği, 3) Kanunî tavsif olarak üç nevidir. Safha (momento) adını verdiği dinamik vasıflar da: 1) Suç gayesinden ibaret iktisadî safha, 2) Ruhî safha ve 3) Fizik safhadan ibarettir.

Keza Altavilla da esaslı unsurları derunî (intrinseci) ve haricî (estrinseci) diye iki grupa ayırmaktadır [35]. Derunî esaslı unsurlar dört çeşittir: 1) Kusur, 2) Hareket, 3) Netice, 4) Hareket ile netice arasında sebebiyet alâkası. Haricî esaslı unsurlar ise iki çeşittir: 1) Önşartlar, 2) Cezalandırılabilme objektif şartları.

---

[29] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. II, s. 11.

[30] VANNINI : *Manuale,* s. 65, 135.

[31] VIDAL ve MAGNOL : *Cours,* s. 77.

[32] BELING : *Die Lehre vom Verbrechen,* 1905; s. 5 (Contieri'den naklen : *Lo stato di necessità,* 1939; s. 114) (V. Liszt : *Traité;* 171) (Florian : *Trattato,* I, 376).

[33] CARNELUTTI : *Lezioni,* c. I, s. 39.

[34] CARNELUTTI : *Lezioni,* c. I, s. 134, 141.

[35] ALTAVILLA : *Manuale,* s. 52.

E) Sekiz unsur taraftarları. Meselâ Ferri suç unsurlarını evvelâ dörde bölmekte ve sonra da her unsuru ikiye ayırmak suretiyle unsur yekûnunu sekize çıkarmaktadır [36]. Bunlar da sırasiyle: 1) Fail, 2) Mağdur, 3) Hukukî mevzu, 4) Maddî mevzu, 5) Ruhî hareket, 6) Fizik hareket, 7) Umumî zarar 8) Hususî zarardan ibarettir.

7 — Suç nazariyelerinin üstün tuttukları unsur bakımından tasnifi.

Mevcut suç nazariyelerini, bilhassa ehemmiyet verdikleri ve üstün tuttukları unsur bakımından biri objektif ve diğeri sübjektif olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür.

I — Objektif suç nazariyeleri. Suçun maddî unsurlarından olan neticesine her şeyin üstünde kıymet veren ve suçun Ceza Hukuku bakımından neticelerinin yâni cezaî müeyyidelerinin tayininde suçtan husule gelen neticeyi esas tutan nazariyelere, objektif nazariyeler denilmektedir. Bu nazariyeler, zarar, tehlike, netice veya ihlâl adları altında ifade ettikleri ve suçun husule getirmiş olduğu değişikliği, suçun ağırlını tayin için bir ölçü olarak kabul ederler. Husule gelen zarar ne kadar büyükse, suç da o kadar ağırdır. Tabiatiyle müeyyidesi de o kadar ağır olacaktır.

II — Sübjektif suç nazariyeleri. Suçun mânevî unsurunu üstün tutan nazariyelere de, sübpektif nazariye adı verilmektedir. Bu mânada sübjektif nazariyeler de iki tâlî grupta mütalâa olunabilir:

A) Sübjektif vazifeyi esas tutan sübjektif nazariyeler. Bilhassa Nasyonal ssyalist Almanyada hâkim olmuş olan iradî ceza hukuku çerçevesine giren sübjektif nazariyeler suçun zarara veya tehlikeye soktuğu (varlıklar) veya bu varlıklar ile sahibi arasındaki münasebeti ifade eden (menfaat) yerine ferdin devlete karşı itaat ve vefalılık sübjektif vazifesini koymakta ve suçu bu sübjektif vazifenin ihlâli olarak kabul etmektedirler. Bu nazariyelere göre, suçun ağırlığı ihlâl olunan vazifenin ehemmiyeti ile ölçülmektedir.

Sübjektif vazifenin ihlâlini birinci plâna koyması bakımından kendisini sübjektif olarak tavsif eden bu suç nazariyesi hakikatte yine suç mevzuunu esas tutmaktadır. Suç mevzuu, varlık veya menfaat değildir de sübjektif vazifedir.

B) Şahsiyeti esas tutan sübjektif nazariyeler. Bu nazariyeler suçun maddî eserlerine ve neticelerine değil, failinin şahsiyetine üstün bir kıy-

---

[36] FERRI : *Principii*, s. 386.

met veren nazariyelerdir. Suç, failin şahsiyetinin bir ifadesi olarak alınmaktadır. Hakikî da diyebileceğimiz bu çeşit sübjektif nazariyeler, hem hukukan himaye edilen bir menfaatin, hem de bir vazifenin anti - sosyal bir hareketle ihlâl edildiğini, suçtan bir zarar veya tehlike husule geldiğini inkâr etmemektedirler. Fakat ihlâl olunan menfaat veya vazife ikinci plândadır. Asıl mühim olan anti - sosyallik, cemiyet için tehlikelilik alâmeti olarak kanunlarda suç adı altında gösterilen fiillerin işlenmesi ve bu suretle faillerin anti - sosyalliklerinin, cemiyet için tehlikeliliklerinin açığa vurulmasıdır. Bu kimseler hakkında tatbik olunacak müeyyidelerin tâyininde suçun maddî mevzuundan ziyade failin şahsiyeti esas tutulacaktır.

8 — Kanaatimiz.

Bizce, objektif nazariyeler ile sübjektif vazifeyi esas tutan sübjektif nazariyeler birbirinden pek farklı şeyler değillerdir. Bunlar bir paranın iki yüzü gibidir. Bettiol [37] un ve Gramatica [38] nın da belirttikleri gibi vazifenin, menfaatten müstakil bir mevcudiyeti yoktur. Vazifeden, ancak himaye edilen bir menfaat mevcut oldukça bahsolunabilir.

Kanaatimizce bir suç nazariyesi, yâni suç unsurları nazariyesi suçun bütün unsurlarına ayni ehemmiyeti vermek mecburiyetindedir. En değersizi bile mevcut olmadığı zaman suçun tamamlanmadığı gözönünde tutulursa, suçun teşekkülünde hepsinin ayni değeri haiz olduğunda tereddüt edilmez. Sübjektif ve objektif suç nazariyeleri, bu itibarla ancak suç ile müeyyidesi arasındaki münasebetlerin tetkiki, en uygun müeyyidenin araştırılması sırasında bahis mevzuu olabilir. Şahsan, hakikî sübjektif nazariyeye taraftar olmakla beraber,, suçun kanunî unsurları nazariyemizi içine alan suçun unsurları nazariyesinin kaide olarak tarafsız kalması lüzumuna kani bulunuyoruz. Maamafih, olan hukuk yerine olması lâzım gelen hukukun nazara alındığı hallerde, suç hakkındaki en ana telâkki olan objektif ve sübjektif görüşlerin tesiri altında kalmamağa da imkân olmadığını itiraf etmek icap eder.

9 — Suç nazariyelerinin unsura verdikleri mâna bakımından tasnifi.

Suç nazariyeleri, suçun unsurlarını tesbit ederken suçu ya tahlile tâbi tutarlar, yahut bölünmez bir bütün olarak kabul ettikleri suçun dış görü-

---

[37] BETTIOL : *Diritto penale,* s. 125.

[38] GRAMATICA : *«L'indice di antisocialità» nei suoi elementi di valutazione.* Rivista di difesa sociale, 1947, III, 223.

nüşüne bakarlar, muhtelif veçhelerini tetkik ederler. Bu itibarla, suç nazariyelerini iki grupta toplamak mümkündür:

I — Tahlilci nazariyeler. Tahlil metodunu kullanan bu nazariyeleri de üç tâli grupa ayırabiliriz:

1 — Muhtevayı tahlil eden nazariyeler. Bu nazariyeler, mürekkep bir cişim telâkki ettikleri suçu tahlil ederler ve bu tahlil neticesinde bulduklarına unsur adı verirler. Nasıl su tahlil edildiği zaman (H) ve (O) meydana çıkarsa, suç da daha doğrusu da suçun muhtevası da böyle tahlil edildiği zaman unsurları elde edilir. İşte unsurun bu suretle cüzü mânasına alınması sebebiyledir ki meselâ Manzini suçun hukuka aykırılığını, suç bütününe taallâk eden bir netice saymakta, unsur addetmemektedir [39], Keza ayni müellif, suçun mevcudiyeti için zarurî olduğunu kabul ettiği önşartları ve cezalandırılabilme şartlarını da ayni sebeple suç unsurları arasında zikretmemektedir [40].

2 — Mefhumu tahlil eden nazariyeler. Bu tâlî grupa giren nazariyeler de suçun muhtevasını değil, mefhumunu tahlile tâbi tutmaktadırlar. Suçun önceden bir tarifi yapılmakta ve bu tarifin tahlili neticesinde elde edilen cüzülere, unsur denilmektedir. Meselâ Garraud [41] nun, hocamız Taner [42] in tuttukları yol budur. Maamafih mefhumun tahlili neticesinde elde edilenlere cüzü' mânasına gelen unsur yerine bütünün bir hususiyetini ifade etmesi bakımından vasıf denildiği de vâakidir. Meselâ von Liszt, bu şekilde hareket etmekte ve suçun mümeyyiz vasıflarından bahsetmektedir [43]. Mefhumu tahlil eden nazariyeler, umumiyetle muhtevayı ayrıca nazara almamaktadırlar. Maamafih, bir taraftan mefhumu diğer taraftan muhtevayı tahlile tâbi tuttuğu halde her iki tahlil neticesinde elde ettiklerine unsur adı verenler de yok değildir. Meselâ, Petrocelli, suçun her şeyden önce normatif bir mefhum olduğunu, fakat ayni zamanda tabiî mânada bir hareket de olduğunu söylemekte ve suçun mevcudiyeti için bir diğer söyleyişle ceza verilebilmesi için zarurî olan her şeye unsur adını vermektedir [44].

---

[39] MANZINI : *Trattato*, c. I; s. 414.

[40] MANZINI : *Trattato*, c. I, s. 427.

[41] GARRAUD : *Traité*. c. I, s. 389.

[42] TANER : *Ceza Hukuku*, s. 82.

[43] V. LISZT : *Traité*, c. I, s. 26.

[44] PETROCELLI : *Principii*, c. I, s. 275.

3 — *Hem mefhumu, hem muhtevayı tahlil eden nazariyeler.* Bu nazariyelere göre suçun mefhumu ile muhtevası ayrı ayrı tetkik edilmekte ve mefhumun tahlilinden elde edilene vasıf veya şart, muhtevanın tahlilinden elde edilene unsur denilmektedir. Meselâ Florian suçun muhtevasının unsurlarını sübjektif ve objektif diye saymakta, mefhumun ise fiil, kusurluluk, hukuka aykırılık ve cezalandırılabilmeden ibaret dört şartı olduğunu kabul etmektedir [45]. Ranieri de suç mefhumu ile muhtevasını ayırmaktadır. Mefhumda suçu hukukî bir bütün olarak nazara alınınca üç vasıf görmektedir: 1) Kanunî tipe uygunluk, 2) Kanuna aykırılık, 3) Cezalandırılabilme. Bu müellif muhtevanın ise her beşerî fiil gibi, maddî ve ruhî iki unsuru olduğunu söylemektedir [46]. Carnelutti de bu grupa ithal edilebilir. Filhakika, bu müellif suçu evvelâ statik bakımdan tetkik ederek cüzü'lere ayırmakta ve bunlara unsur demektedir. Suçu dinamik bakımdan da ele alan Carnelutti, suçun şekline bakmakta, fiilin nâmütenahi vasfı olduğunu, fakat mefhum yâni tarif için bunlardan en bariz ve mümeyyiz olanların seçildiğini söylemekte, ve mefhumun bu unsurlarına şart (requisto) adını vermekte ve unsur kelimesinin suçun statik teorisine bırakılmasını istemektedir [47].

II — Bütüncü nazariyeler. Son zamanlarda tahlilci nazariyelerin bir tepkisi olmak üzere suçu bölünmez bir bütün olarak ele alan suç nazariyeleri meydana çıkmıştır. Bütüncü nazariyeler, tahlilci nazariyelerin suçu sadece unsurlardan mürekkep gördüklerini, unsurları tetkik ile iktifa edip bu unsurlar arasındaki alâkayı ve bütünü ihmal ettiğini söylemektedirler. Bu nazariyeler bilhassa Nasyonal sosyalist Almanyada revaç bulmuştur. Mezger, suçu, mâ'şerî iradeye ferdî iradenin isyanından ibaret bir bütün olarak kabul etmekte, mürekkep değil, basit olduğunu, cüzü'lere ayrılamıyacağını söylemekte, sadece müteaddit veçheler arzettiğini ifade eylemektedir [48].

İtalyada bu görüşü Maggiore benimsemiş, suçun vasıflarının bir unsur değil, bir veçhe teşkil ettiğini söylemiştir [49].

Bettiol, Nasyonal - Sosyalist Almanyadaki durumu gözönünde tutarak mantıkî yâni aklî metod yerine hissî veya ruhî metod kullanması,

[45] FLORIAN : *Trattato.* c. I, s. 374, 398.

[46] RANIERI : *Diritto penale.* s. 81.

[47] CARNELUTTI : *Lezioni.* s. 137.

[48] MEZGER : *Die Straftat als Ganzes.* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft. c. 17, s. 677. (Bettiol'dan naklen : *Diritto penale,* 129).

[49] MAGGIORE : *Diritto penale;* c. I, k. 1, s. 203.

yâni gayri aklîlik (irrationalisme) ile bu nazariyeler arasında bir münasebet görmekte, felsefî sahada existentialisme'i meydana getiren bu metodun, hukukî sahada da bütüncü suç nazariyelerinin doğuşuna sebep olduğunu iddia etmektedir [50].

10 — Kanaatimiz.

Biz, tahlilî metoda taraftarız. Bu itibarla, suç nazariyesinin suçu bölünmez bir bütün olarak ele almasını kabul etmemekteyiz. Kanaatimizce, suçun tahlili demek, onun maddeten bölünmesi, parçalanması demek değildir. Zaten Gramatica'nın da dediği gibi [51], kimse, hattâ tahlilci nazariye taraftarları dahi, suçun bir elma gibi üç veya dört parçaya ayrılabileceğini iddia etmemiştir. Diğer taraftan, bir mefhumu tahlil etmek, onun bütünlüğünü inkâr etmek demek de değildir. Bu tahlil, o bütünü daha iyi anlamak için takip edilen bir metoddan ibarettir. Suçun özü, hattâ Antolisei'nin tâbiriyle [52] realitesi, elbette ki, unsurlarında değil, suçun kendisindedir. Bütüncü nazariyelerin kabul ettikleri ve adına veçhe dedikleri şeyler ile tahlilci nazariyelerin kabul ettikleri ve unsur diye adlandırdıkları şeylerin ayni olması da bütüncü suç nazariyelerinin daha ziyade felsefî sebeplere dayandığını göstermektedir.

Biz, tahlilci nazariyeler arasında mefhumu tahlil sistemini tercih etmekteyiz. Yalnız, mefhum tâbirini, tarif mânasına kabul ettiğimizi, ayni şeyin hem muhtevasından ve hem de mefhumundan bahsolunmasını doğru bulmadığımızı, muhtevanın muşahhas varlığı olan maddî eşyaya, mefhumun ise mücerret varlıklara taallûk ettiğini belirtmek isteriz.

Unsur kelimesinin, dilimizde de çeşitli mânalara geldiği inkâr edilemez. Unsur, bir mânaya göre, muhtevanın parçasıdır, cüzüdür. Suyun unsurları (H) ve (O) dan ibarettir dediğimizde, unsur kelimesi bu mânaya kullanılmıştır. Suyun kokusuz ve renksiz olması ise onun bir unsuru değil, vasfı olarak zikredilir. Bizim, suç unsurları nazariyesinde kabul ettiğimiz unsur, bu mânada değildir. Çünkü, cüzü' tâbiri, müşahhas şeylerin terkibine dahil olanları ifade eder. Yine su misâlini ele alarak diyebiliriz ki, suyun kokusuz ve renksiz olması, onun zarurî vasıflarıdır. Şu mânada ki, iki molekül (H) ile, bir molekül (O) birleşince, husule gelen cisim daima renksiz ve kokusuz olur. Eğer su, renkli veya kokulu ise, içinde

[50] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 40, 129.

[51] GRAMATICA: *L'indice di antisocialità*.. Rivista di difesa sociale, 1947, III, 230, not. 8.

[52] ANTOLISEI: ~~*Lezioni* s. 137.~~ Elementi s. 73

mutlaka bir başka cisim, yâni terkibinde bir başka unsur daha var, demektir. Halbuki mücerret olarak aldığımız suç için böyle zarurî bir vasıftan bahsolunamaz. Suçun, bazılarının iddiası veçhile cüzü'leri olan maddî ve mânevî unsurlar mevcut olduğu halde, bazılarının vasıf diye adlandırdıkları hususlar zarurî olarak mevcut olmıyabilir. Meselâ hukuka aykırılığı veya cezalandırılabilmeyi kaldıran sebepler varsa cüzü' - unsurların mevcudiyetine rağmen, vasıf - unsurlar bulunmazlar ve netice itibariyle suç de teşekkül edemez.

Unsur kelimesinin, bir bütünün mümeyyiz vasfı mânasına kullanıldığı da vardır. Bizim kabul ettiğimiz unsur, vasıf - unsur'da değildir. Zira, vasıf tâbiri de, müşahhas varlığı olan maddî şeylerin dış görünüşüne taallûk eder. Suyun terkibinden yâni cüzü - unsurlarından bahsolunabildiği gibi, vasfından da bahsolunabilir. Fakat suç nazariyesinin mevzuunu teşkil eden müşahhas varlığı bulunmıyan, mücerret olan suçun, maddî muhtevasından bahsetmek nasıl doğru değilse, vasfından da bahsolunmamak lâzım gelir.

Unsur kelimesi, bir diğer kullanış şekline göre de, islâmın beş şartı sözlerindeki mânasında, şartı ifade eder. Biz, suç nazariyemizde, unsuru bu mânada kullanacağız. Suçun mevcut olması için gereken bütün şartlara unsur diyeceğiz. Suçun unsurları yerine şartları demek de mümkündü. Fakat şart kelimesinin mânaları daha çeşitli olduğundan, umumiyetle şart deyince, hâdiseye yabancı olan vaziyetler anlaşıldığından, daha alışkın olduğumuz unsur kelimesini tercih etmekteyiz.

Unsurların ayni mahiyette olması icap etmiyeceği kanaatindeyiz. Bizce, onlarda aranan müşterek vasıf, suçun mevcudiyeti için gerekli olmaktan ibarettir. Bu itibarlar, ayni mahiyette olmıyan şeylerin bir arada ayni isim altında toplanmasını hatalı bulan Carnelutti'nin itirazını [53], esassız bulduğumuzu ilâve etmek isteriz.

11 — Suçun çeşitli tarifleri.

Suç unsurlarının, suçun tarifinin tahlilinden elde edilebileceğini görmüş bulunuyoruz. Şu halde unsurları tayin için bir tarife ihtiyaç vardır.

Suç, muhtelif cezacılar tarafından muhtelif şekillerde tarif edilmiştir. Bazı cezacıların yalnız bir bakımdan yaptıkları tarifle iktifa etmelerine mukabil, bazıları muhtelif bakımlardan muhtelif tarifler vermişlerdir. Biz bütün tarifleri gözden geçirecek değiliz, sadece, suç unsurları nazariyesindeki tarifin yerini ve ehemmiyetini göstermek için bazı misaller vermekle itkifa edeceğiz.

---

[53] CARNELUTTI: *Teoria generale del reato.* s. 82, not 2.

Tariflerin tasnifinde bir ittirat görülmemektedir. Biz tarifleri şu şekilde tasnif edeceğiz:

I — Hukukî tarif. Suçu müstakil hukukî bir varlık gibi görenler, yahut suçun sadece hukukî cephesini göstermek istiyenler nazarında suç, Ceza Kanunu ile fiil arasındaki bir tezat münasebetinden başka bir şey değildir. Suçun hukukî tariflerini de iki tâlî grupta toplamak mümkündür:

A) Şeklî tarif. Bazı cezacılar, özü bakımından suçu tarif etmenin imkânsızlığını ileri sürerek sadece dış görünüşü bakımından bir tarif vermişlerdir. Meselâ Carmignani, suçun en emin tarifi şeklî olanıdır, diyerek «kanuna aykırı beşerî fiil» tarifini vermiştir [54]. Von Liszt ve Schmidt de suçu şeklî bakımdan «hukukî netice olarak hukukî nizamın ceza tayin ettiği fiil» olarak tarif etmişlerdir [55]. Türk doktrininde Profesör Taner [56] ve Kantar [57] da suçun şeklî tarifini «kanunun cezalandırdığı fiil» olarak ifade etmişlerdir.

Cezaların yanında emniyet tedbirlerini de kabul eden ikici sistemlerde [58], eğer emniyet tedbiri suçtan sonra alınan bir tedbir olarak derpiş olunuyorsa, suçun şeklî tarifinin bir değişiklik göstermesi zarurîdir. İşlendikten sonra ceza gibi emniyet tedbiri tatbikini de gerektiren fiiller denilmelidir. Cezaları ve emniyet tedbirlerini bir addeden tekci nazariye taraftarları için mesele yoktur. Meselâ Ferri, müeyyide kelimesiyle, bunların ikisini de ifade ettiğinden, projesinin ilk maddesinde suçun, cezalandırılan değil, müeyyidelendirilen fiil olduğunu belirtmişti [59]. Biz, ceza kelimesinin yeni ve Ferri'nin müeyyide kelimesiyle ifade etmek istediği mânada kullanılmasını tercih etmekte ve bu sebeple şeklî tarifte bir değişikliğe lüzum görmemekteyiz.

B) Maddî tarif. Suçun sadece dıştan tarifini eksik bulan ve onun muhteviyatını da göstermeğe çalışanlar maddî tarifler yapmışlardır. Suç unsurları hakkında ilk izahlarda bulunanlardan Deciani'nin 16 ncı asır

---

[54] CARMIGNANI: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale,* c. II, s. 11, (Florian'dan naklen: *Trattato;* c. I, s. 373).

[55] V. LISZT - SCHMIDT: *Lehrbuch,* 26. bası, c. I, § 26 (Battaglini'den naklen: *Diritto penale,* s. 84).

[56] TANER: *Ceza Hukuku,* s. 79.

[57] KANTAR: *Ceza Hukuku,* s. 78.

[58] KUNTER: *Bugünün ceza hukukunda emniyet tedbirlerinin yeri.* İstanbul, Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947, IV., 1327.

[59] FERRI: *Principii,* s. 621; 756.

sonlarında verdiği ve bugün dahi kıymetinden bir şey kaybetmemiş olan tarif şudur [60]: «Suç, ceza tehdidi altında mer'î kanun tarafından yasak edilen, kusurla veya taksirle işlenen ve meşrû bir sebebin mazur göstermediği insanî fiildir.»

Manzini'nin maddî bakımdan verdiği tarif de şöyledir [61]: «Suç, cezaen himaye edilen bir menfaati ihlâl eden veya tehlikeye koyan, muayyen unsurlardan teşekkül eden ve bazan da belli şartlara tâbi olan, yahut suçun ağırlığını azaltıp çoğaltmak üzere kanunun derpiş ettiği belli ârızî unsurlarla birlikte bulunan ve bir şahsa isnat edilebilen icraî veya ihmalî bir harekettir.»

Grispigni'nin tarifi de şudur [62]: «Suç, bir cezaî kaidede tasvir edilen tipe uygun olan ve meşrûiyet sebeplerini ihtiva etmiyen ve bir faile ruhî bakımdan atfedilebilen beşerî harekt tarzıdır.»

II — İçtimaî tarif. Suçun müstakil hukukî varlığını tanımıyanlar, yahut suçun içtimaî bir hâdise olduğunu da kabul edenler, içtimaî bir tarif vermişlerdir. Suçun içtimaî bir hâdise olması, zamana ve mekâna göre değişen bir realite olması demektir. Bu sebepledir ki, içtimaî tariflerde daha fazla bir elâstikiyet görülmekte ve belli bir hareketin neden suç sayılması icabttiği ifade olunmaktadır.

Durkheim [63]'ın, suçu, içtimaî tesanüdün ihlâli diye tarifi içtimaî bakımdan yapılmış bir tariftir.

Garofalo da tabiî suç mefhumiyle suçun içtimaî bir tarifini vermektedir [64]: «Suç, bir topluluğun orta derecede malik olduğu ve ferdin topluluğa intibakı için zarurî olan merhamet ve doğruluk diğerkâm hislerinin ihlâlidir.»

Ceza hukuku sahasının ahlâk sahası içinde olduğunu veya bunların ayniyet arzettiğini kabul edenlerin tarifleri de içtimaî bir tarifdir.

Meselâ Lanza'ya göre suç, ahlâk hislerini ihlâl eden fiildir [65], Berner'e göre, suç, gayri ahlâkî hareketlerin bir nevidir [66]. Manzini'ye

---

[60] DECIANI : *Tractatus criminalis* : Lib. II. cap 3, sec. 16 (Ferri'den naklen: *Principii*, s. 385).

[61] MANZINI : *Trattato*, c. I, s. 408.

[62] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. II, s. 11.

[63] DURKHEIM : *Division du travail social.* 6. bası, Paris, 1932, s. 35.

[64] GAROFALO : *la Criminologie.* Paris, 1905, s. 36.

[65] LANZA : *l'Ecole pénale humaniste.* Revue international de droit pénal. 1925, s. 182.

[66] BERNER : *Trattato*, s. 92.

göre de suç, cemiyet dahilinde nizamlı ve emniyetli bir şekilde yaşamak için lüzumlu olan asgarî ahlâkın ihlâlidir [67].

İçtimaî müdafaaya dayanan dar mânada içtimaî bir tarifi de Ihering vermektedir [68]: Cemiyetin şeraiti hayatiyesini tehlikeye ilka eden hareketlerdir ki, vâzıı kanun, ancak ceza ile bu hareketlerin bertaraf edilebileceğine kani olur.»

III — İçtimaî ve hukukî tarif. Suçun hem içtimaî, hem de hukukî bakımdan muhtelit bir tarifini yapanlar da olmuştur. Bunlar bir fiilin niçin suç sayıldığını ve unsurlarının nelerden ibaret olduğunu bir tek tarifte göstermek istemişlerdir.

Carrara'nın klâsikleşen tarifi şudur [69]: «Suç, bir insanın mânen isnat edilebilen ve siyaseten zararlı olan müsbet veya menfî haricî bir hareketiyle vatandaşların emniyetini korumak üzere ilân edilen devlet kanunlarını ihlâlidir.» Bu tarif Vidal ve Magnol taraflarından şu şekilde ikmal edilmiştir[70]: «Suç, halkın güvenliğini korumak için devletçe neşir ve ilân edilen kanunun bir insanın icraî veya ihmalî olabilen ve içtimaî surette isnat edilebilen haricî bir hareketiyle, bir hakkın kullanılması veya bir vazifenin ifası sebebiyle meşru sayılmıyan ve kanun tarafından cezalandırılan ihlâlidir.»

Florian'ın tarifi de şöyledir [71]: «Suç, belli bir halkın belli bir zamanda, ferdî ve içtimaî beşerî hayat şartları için zararlı veya tehlikeli olan, yahut olduğu kabul olunan bir fiilin hukuk bakımından şeklen ifadesi, içtimaî bakımdan da özüdür.» Maamafih, Florian bu tarifin de kâfi olmadığını, suçlunun tehlikeliliğine dayanan emniyet tedbirlerinin kabulü üzerine, suçlunun şahsiyetine müteallik sübjektif bir şartın da ilâvesinin lâzım geldiğini söylemektedir. Suçun, suçlu şahsiyetini açığa vuran mahiyeti üzerinde duran von Liszt ve Schmidt'in tarifleri de şu şekildedir [72]: Suç, hukukan himaye edilen menfaatlere karşı tevcih edilen ve kanun koyucu tarafından toplu hayatın belli nizamı için içtimaî bakımdan epeyce zararlı sayılan, mesul bir kimseden sâdır olan ve failinin içtimaî tehlikeliliğini meydana çıkaran bir taarruzdur.»

---

[67] MANZINI : *Trattato*, c. I, s. 21.

[68] IHERING : *Hukukta gaye.* İstanbul, 1927, s. 114.

[69] CARRARA : *Programma*, c. I, § 21.

[70] VIDAL - MAGNOL : *Cours*, s. 75.

[71] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 385.

[72] V. LISZT - SCHMIDT : *Lehrbuch.* 26. bası, c. I, 1932, § 26 (Battaglini'den naklen : *Diritto penale*, s. 84).

12 — Kanaatimiz.

Biz, suçun içtimaî bir hâdise olduğunu kabul ediyoruz. Suçun müstakil ve muhtar bir hukukî mevcudiyet olduğu fikrinde değiliz. Bununla beraber suç nazariyesi bakımından bir tarif vermek lâzım geldiğinde, sadece hukukî tarifle iktifa etmek icap ettiği kanaatindeyiz. Suç nazariyesinin maksadı, bir hareketin niçin suç sayıldığını değil, fakat ne gibi şartlarla suç sayıldığını göstermek, bir diğer söyleyişle suçun unsurlarını ihtiva eden bir tarif vermektir.

Suç nazariyesi bakımından kabul olunacak hukukî tarifin hem şeklî ve hem de maddî olması icap ettiğini de düşünüyoruz. Cüzü'-unsur ve vasıf-unsur arasında bir fark gözetmediğimiz için muhteva ve şekil bakımından ayrı tarifin bir faydasını görmüyoruz. Suç, içiyle, dışıyla, zarfiyle, mazrufiyle birlikte tarif edilmelidir.

Suç unsurlarının, suç tarifinden çıkarıldığını söylemiş bulunuyoruz. Fakat, suç tarifi de unsurlardan meydana gelmektedir. Unsurları tayin için evvelce tarif vermek sadece bir izah şeklidir. Tarifin, unsurlar tayin edilmeden, peşinen yapılmasına imkân yoktur. Bu sebeple, tarifi elde etmek için istikraî metod tatbik etmek kanaatimizce zarurîdir. Önce mevzuat ve doktrin tetkik edilerek suçun unsurları tesbit edilmelidir. Suçun hukukî bir tarifi ondan sonra basit bir terkip ameliyesiyle elde edilecektir. Biz bu suretle, hiç bir tesir altında kalmadan, peşin hükümler vermeden, tam ilmî bir tarafsızlıkla araştırma yapmak imkânı elde edilebileceğine inanmaktayız.

13 — Unsurların suç bakımından tasnifi.

Unsuru, suçun tam olarak mevcudiyeti için bulunması zarurî olan şart mânasına aldığımızı görmüş bulunuyoruz. Bu tarifin geniş olduğu, suçun basit şekli gibi, mevsuf şekillerini de ihtiva ettiği âşikârdır. Bu bakımdan, unsurları kurucu ve ârızî olmak üzere iki grupa ayıracağız:

1 — Kurucu unsurlar. Esaslı unsurlar denilen bu çeşit unsurlar, suçun basit şeklini meydana getiren unsurlardır. Bunlar suçun mevcudiyetini ilgilendirirler. Bu itibarla bazı müelliflerin *önşart* (presupposto) dedikleri de bizce müstakil mevcudiyeti olmasa dahi, kurucu unsurların unsurları olmak sıfatiyle suç mevcudiyetiyle alâkalıdır. Bunlar olmadıkça suçun teşekkül etmesine, tamamlanmasına imkân yoktur. Yine bazı müelliflerin *cezalandırılabilme şartları* (condizioni di punibilità) dedikleri şeylerin de cezalandırılabilme unsurunun tahakkuku için konumuş şartlar olduğunu, ileride göreceğiz (n. 127).

2 — Arızî unsurlar. Bazı unsurlar sadece mevsuf suçlara taallûk eder. Bunlar, suçun mevcudiyetine değil, ağırlığına taallûk eden unsurlardır. Arızî unsurlar, basit suçta mevcut olan unsurlardan başka unsurlardır. Mevcudiyetleri halinde, basit suçu mevsuf hale getirirler. Arızî unsurlara umumiyetle *circonstance* denilmektedir.

14 — Unsurların teşebbüs bakımından tasnifi.

Suç unsurları nazariyesi veya sadece suç nazariyesi, suç denildiği zaman tamamlanmış olan suçu nazara almakta ve basit veya mevsuf bir suçun tamam sayılması için mevcut olması gereken unsurları araştırmaktadır.

Bu unsurlardan biri objektif bakımdan mevcut olmadıkça o suç tamamlanmış sayılamaz. Bunların sübjektif bakımdan mevcut olması, yâni failin onları mevcut farzetmesi, suçun tamamlanmış sayılması için kâfi değildir. Buna mukabil, belli bir suçun bütün unsurları mevcut olmadığı halde, ceza verilmesi hali olan teşebbüs vaziyeti ayrıca bir tetkik mevzuudur. Teşebbüs nazariyesi, evvelce de işaret ettiğimiz gibi (n. 4), suç umumî nazariyesinin ikinci kısmı olan suçun tezahür şekilleri nazariyesinin bir bölümünü teşkil eder. Teşebbüs halinde kalan bir suçun teşebbüs cezasiyle cezalandırılması için, suçun unsurlarından hangisinin bulunması lâzım geldiği meselesi, suçun unsurları arasında bir başka bakımdan tefrik yapılmasını gerektirmektedir:

1 — Teşebbüs için zarurî unsurlar. Bu çeşit unsurlar, teşebbüs halinde kalan bir suçta dahi behemehal objektif bir surette mevcut olan unsurlardır. Bunlar olmazsa teşebbüs dahi bahis mevzuu olamaz.

2 — Teşebbüs için zarurî olmıyan unsurlar. Bir kısım suç unsurları da vardır ki, teşebbüs halinde bunların objektif olarak bulunmaları şart değildir. Ya hiç bulunmazlar, yahut sadece sübjektif olarak bulunurlar.

İlâve edelim ki, bu tasnif, suç nazariyesinden ziyade teşebbüs nazariyesini alâkadar eder.

15 — Unsurların müsbet olup olmaması bakımından tasnifi.

Bazı müellifler, suçun kurucu unsurlarını müsbet ve menfi diye iki grupta mütalâa etmektedirler. Bulunması icap edenlere müsbet, bulunmaması icap edenlere menfi denilmektedir. Mesele, hukuka aykırılık unsurunda kendini göstermektedir. Bu unsuru menfî olarak kabul edenler, onu meşruiyet ve hukuka uygunluk sebebi olmaması şeklinde ifade eder-

ler. Bu unsuru müsbet olarak kabul edenler ise, hukuka aykırılıktan bahsederler.

Menfi unsur taraftarları şöyle düşünürler: Suç, cezaî bir kaidenin ihlâlidir. Suçun bütün unsurları buradan çıkarılır. Fakat fiilin kanunda yazılı tipe uygunluğu kâfi değildir. Meşruiyet sebeplerinden birinin de bulunmaması lâzımdır. Bulunmaması aranılan bu unsura da ancak menfi sıfatı verilebilir.

Menfi unsur taraftarlarına bilhassa Alman doktrininde rastlanmaktadır. Misal olmak üzere Merkel[73], Frank[74], Zimmerl[75] ve Radbruch [76]'u gösterebiliriz. İtalyanlar arasından da Vannini [77] ve Grispigni [78]'yi sayabiliriz. Carnelutti de, unsurları kurucu ve menedici diye ayırırken menedici unsur ile suçun meydana gelmesine mani olan menfi unsur mefhumunu benimsemiş olmaktadır [79].

Menfi unsur tezi Almanyada dahi şiddetli itirazlara uğramıştır. Böyle bir unsuru kabul etmiyenler arasında v. Liszt, Beling, Finger, Graf zu Dohna, M. E. Mayer'i zikredebiliriz [80]. Önce, menfî unsuru kabul etmiş olan Mirika da, şerhinin 17 inci basısında fikrini değiştirmiştir [81].

Biz de, suç unsurlarının ancak müsbet olabileceğini kabul ediyoruz. Unsuru, suçun teşekkülü için bulunması gerekli şart diye tarif ettikten sonra, zaten başka bir neticeye varamazdık.

16 — Suçun kanunî unsurları.

Suçun, basit olsun, mevsuf olsun, teşekkül etmesi için zarurî olan şartların yani unsurların gruplar halinde tetkiki, metod bakımından bir zaruret halini almıştır. Muhtelif müelliflerin, unsur, vasıf, önşart ve sair

[73] MERKEL: *Lehrbuch,* 1889, s. 82 (Grispigni'den naklen: *Diritto penale;* c II, s. 13).

[74] FRANK: *Kommentar,* 18. bası, s. 187 (Grispigni'den naklen: *Diritto penale;* c. II, s. 13).

[75] ZIMMERL: *Zur Lehre vom Tatbestand;* 1928, s. 66 (Grispigni'den naklen: *Diritto penale,* c. II, s. 13).

[76] RADBRUCH: *Zur systematik der Verbrechenslehre.* Festgabe für Frank, c. I, s. 167 (Grispigni'den naklen: *Diritto penale,* II, 13).

[77] VANNINI: *Manuale;* s. 66.

[78] GRISPIGNI: *Diritto penale,* c. II, s. 13.

[79] CARNELUTTI: *Lezioni,* s. 135.

[80] V. LISZT: *Traité,* § 26, s. 172, not 6.

[81] PANNAIN: *Manuale,* s. 185.

adlarla ileri sürdükleri ve bizim kanunî grupa soktuğumuz unsurların tetkiki sonunda, suçların, hukukî de diyebileceğimiz, üç kanunî unsuru mevcut olduğu neticesine varmış bulunuyoruz. Bu üç unsur, tipiklik, hukuka aykırılık ve cezalandırılabilmeden ibarettir. Müelliflerin ekserisi bunlardan yalnız birini, bir kısmı ikisini, pek azi da üçünü unsur olarak kabul etmişlerdir. Açıkça iki kanunî unsur kabul eden dört müellife rastlamış bulunuyoruz. Bunlardan Garraud [82] ile Grispigni [83], başka isimlerle de olsa, tipiklik ile hukuka aykırılığı, Mezger [84], hukuka aykırılık ile cezalandırılabilmeyi, Battaglini [85] de tipiklik ile cezalandırılabilmeyi kabul etmişlerdir. Üçünü birden kabul eden ve hattâ bunlara cezalandırma şartı diye dördüncüsünü ilâve eden de bir tek müellife rastlamış bulunmaktayız. O da Beling [86] dir.

17 — Netice.

Hukukî bir müesseseyi etrafiyle kavramak için, bilgilerimizi bir nizama sokmak mecburiyetindeyiz. Tabiî ilimlerde kullanılan tasnif usulünü, hukukta da tatbik etmek suretiyle bu gayeye varmak mümkün olacağına inandığımız içindir ki, biraz uzunca süren giriş bahsinde, suçların kanunî unsurları nazariyesinin suç umumî nazariyesindeki yerini göstermeğe çalıştık. Suç umumî nazariyesinin dallarını ve her dalın ayrıldığı tâli dalları takip ederek suçların kanunî unsurları nazariyesine kadar geldik. Suçun kanunî unsurları nazariyesinin suçun kurucu unsurları nazariyesinin, onun da suçun unsurları nazariyesinin, ve nihayet onun da suç umumî azariyesinin bir kolunu teşkil ettiğini görmüş bulunuyoruz.

Mevkiimizi böylece tesbit ettikten sonra, suçun kanunî unsurlarını birer birer tetkika başlıyabiliriz.

---

[82] GARRAUD : *Traité;* c. I, s. 289.

[83] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. II, s. 11.

[84] MEZGER : *Deutsches Strafrecht; Ein Grundriss.* s. 37 (Battaglini'den naklen: *Diritto penale;* s. 491).

[85] BATTAGLINI : *Diritto penale,* s. 84.

[86] BELING : *Die Lehre vom Verbrechen,* s. 5 (Contieri'den naklen : *Lo stato di necessità,* 1939, s. 114).

BİRİNCİ KISIM

TİPİKLİK

1. §

TİPİKLİĞİN UNSUR OLARAK KABULÜ

18 — Terminoloji, 19 — Tipikliğin hukuka yakırılık unsuruna dahil olduğu telâkkisi, 20 — Tipikliğin maddî unsura dahil olduğu telâkkisi, 21 — Tipiklik unşurunun zımnen kabulü, 22 — Tipiklik unsurunun önşart veya vasıf olarak kabulü, 23 — Tipikliğin unsur olarak açıkça kabulü, 24 — Kanaatimiz.

18 — Terminoloji.

Suçların kanuniliği prensipini kabul etmiş olduğumuz için, suç olması için Ceza Kanununun mevcut olması ve suçu tarif etmesi gerektiğini tesbit etmekle suçun birinci şart-unsurunu elde etmiş bulunuyoruz.

Bu unsura Almanlar *Tatbestandmässigkeit* veya *Typizität*, İtalyanlar *Corrispondenza al tipo legale* veya *tipicità* demektedirler. Fransızcada *Elément légal*, Türkçede *Kanunî unsur* denilmektedir. Biz, kanunî sıfatını, suçun müsbet hukukla yani geniş mânada kanunlarla olan münasebetlerine taallûk eden diğer iki unsuruna yâni hukuka aykırılık ve cezalandırılabilme unsurlarına da teşmil ettiğimizden bu unsura yeni bir ıstılah yaratmak mecburiyetini duyduk. Zaten birinci unsur olarak suçun Ceza Kanunuyla olan münasebetini ifade etmek istediğimiz ve diğer kanunlarla münasebeti bir başka unsur olarak kabul ettiğimiz için bu unsura suçun kanuniliği veya kanunî unsuru demekte devam edemezdik. Almance ve İtalyanca ıstılahları esas tutarak «*tipiklik*» tâbirini tercih ettik [1]. Kanunî tipe uygunluk tâbirinin Türkçemiz bakımından daha

[1] Bu vesile ile işaret edelim ki, Türk doktrinine henüz girmemiş olan bir çok mefhumları ifade etmek hususunda karşılaştığımız güçlükleri, yeni ıstılahlar yaratmak suretiyle yenmeğe çalıştık. Bu ıstılahların, delâlet ettikleri mefhmları en başarılı bir şekilde ifade edebilmelerine hususî bir itina gösterdik.

munis olacağı düşünülebilir ise de bu tâbir, muhtevayı tamamiyle ifade etmemesi itibariyle mahzurludur. Filhakika, başka dillerde kanunî tipe uygunluğa tekabül eden tâbirleri kullananlar, daha ziyade objektif unsurun yâni hareketin veya hareket ile birlikte neticeyi ifade eden fiilin kanunî tipe uygun olmasını kasdetmekte, bir diğer söyleyişle kanunî tipte sadece objektif unsurların tarif edildiğini kabul etmektedirler. Fiili, beşerî fiil olarak yâni mânevî unsurla birlikte alanlar da vardır. Halbuki, biz, ilerde görüleceği veçhile (n. 28) kanunî tipin muhtevasını daha geniş olarak kabul etmekte ve hukuka aykırılıktan ayrı olarak kabul ettiğimiz bu unsurla her suçun Ceza Kanununda tipinin tesbit edilmesi lüzumunu kasdeylemekteyiz. Suçun kanunî tipe uygunluğundan da bahsedemezdik. Zira, bu takdirde suç dediğimiz zaman, müşahhas suç bahis mevzuu olmaktadır. Suç nazariyesinde ise müşahhas suç değil, mücerret suç nazara alınmak lâzımdır. Bu sebeplerle, mücerret suçun tipinin kanunda tayin edilmiş olması şart-unsurunu ifade etmek üzere tipiklik tâbirini tercih etmiş bulunuyoruz.

19 — Tipikliğin hukuka aykırılık unsuruna dahil olduğu telâkkisi.

Suçların kanuniliği prensibi umumiyetle kabul edilmekle beraber, tipiklik herkes tarafından müstakil mahiyette bir unsur olarak telâkki olunmamaktadır.

Bazıları, hukuka aykırılık unsurunun, tipiklik unsurunu da ihtiva ettiği kanaatindedir. Meselâ von Liszt hareketin hukuk bakımından değerlendirilmesini bir vasıf (= unsur) olarak kabul etmiştir. Fakat her hukuka aykırı hareketin cezalandırılmadığını, bunların cezalandırılması için kanunî tipe uygun olması lâzım geldiğini de söylemiş, bu suretle kanunî tipe uygunluğu da hukuka aykırılık içinde mevcut saymıştır [2].

Keza Mezger de, hukuka aykırılığı suçun bir unsuru olarak kabul etmekte ve kanunî tipe uygunluk dediği tipikliği bu unsurun içinde tetkik eylemektedir. Maamafih bu müellife göre, iki unsur birbirine bağlı değildir. Kanunî tipe uygun olan fiil, kanunî tipe aykırılığı kaldıran sebepler olmadığı zaman hukuka aykırıdır [3].

Hukuka aykırılığı suçun bir unsuru olarak değil, fakat özü olarak kabul eden Antolisei de her ceza kaidesinin, mücerret bir suç tipi yarattığını, bu tipe uygunluğun hukuka aykırılıkta dahil bulunduğunu söylemektedir. Bu müellife göre, hukuka aykırılığın iki sebebi vardır. Müsbet

[2] V. LISZT : *Traité*, § 36, s. 171.

[3] MEZGER : *Diritto penale*, s. 110, 194.

sebep, kanunî tipe uygunluktur. Menfi sebep ise, haklılık sebebi olmamasıdır [4].

Moro da, tipikliği, hukuka aykırılık içinde mütalâa etmektedir. Bu müellife göre, hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerin mevcudiyeti hallerinde zaten, önceden dahi, hukuka aykırılık mevcut değildir. Sadece zahirî bir vaziyet vardır. Esaslı bir araştırma, vaziyetin zahirî olduğunu, hakikate uymadığını gösterecektir. Bir fiilin sadece tasvirî safhası ile hukukan değerlendirilmesi safhaları birbirinden ayrılamaz. Tipiklikte dahi hukukî değerlendirme ifadesi mevcuttur [5].

20 — Tipikliğin maddî unsura dahil olduğu telâkkisi.

Bazı cezacılar da tipikliğin maddî unsurdan ayrı bir şey olmadığı fikrindedirler. Hattâ Beling, kanunî tipe uygunluktan başka bir maddî unsur kabul etmemiştir [6]. Keza Radbruch'a göre de maddî unsur, suç nazariyesinin hareket noktası olan kanunî tipe uygunlukta dahildir [7]. Maddî unsuru tipiklikte dahil sayanlara mukabil tipikliği maddî unsurda dahil addedenler de vardır. Meselâ Battaglini'ye göre, suçun, kusurluluk ve cezalandırılabilmeden başka bir de *tipik fiil*'den ibaret üçüncü bir unsuru vardır [8]. Bu suretle bu müellif fiilin kanunî tipe uygun olmasını fiil unsuruyla birlikte ifade etmiş olmakta ve onun müstakil mahiyetini tanımamaktadır. Battaglini'ye göre, tabiî mânada fiilin, hukukî mânada fiilden farklı olduğunda şüphe yoktur. Suçun maddî unsuru olarak kanunî tipte derpiş edilen fiil ise, tabiî fiil değildir, hukukî fiildir. Zira, hukukî bir şekil olan suçun unsurları ve bu arada fiil de hukukîdir. Kanuna aykırı olmıyan bir fiil zaten hukuk bakımından hiç bir kıymeti haiz değildir. Görülüyor ki, bu müellif kanuna aykırı derken, Ceza Kanununa aykırı demek istemekte ve bununla da kanunî tipe uygun fiili kasdeylemektedir. Zaten Battaglini, hukuka aykırılığı kabul etmemektedir. Demektedir ki, suç, kanun ihlâlinin bir çeşididir. Umumî kanun ihlâlinin unsuru olan bütün hukukî nizama aykırılığın, kanun ihlâlinin hususî bir şeklinde, yâni Ceza Kanununun ihlâlinde ayrıca aranması esaslı bir

---

[4] ANTOLISEI : *Manuale*, s. 96.

[5] MORO : *l'antigiuridicità penale*, s. 130, 132, 140.

[6] BELING : *Die Lehre vom Verbrechen*. (V. Liszt'den naklen : *Traité*; s. 171).

[7] RADBRUCH : *Zur Systematik der Verbrechenslehre*. Festgabe für Frank, I, 158 (Grispigni'den naklen : *Diritto penale*, II, 28, not 7).

[8] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 113, 116.

hatadır. Bu itibarla hukuka aykırılık yerine Ceza Hukukuna aykırılık diyen von Bar, haklıdır, fakat bu takdirde de suçun bir unsurunun değil, tâ kendisinin karşısında bulunuyoruz demektir.

Hareketin kanun tarafından ceza ile tehdit edilmesini hukuka aykırılık diye ifade eden von Hippel de, Beling ile birlikte ortaya çıkan «kanunî tipe uygunluğu», müstakil bir unsur olarak saymamakta, doğru, fakat faydasız gördüğü bu unsurun, bir diğer söyleyişle, kanunsuz suç olmaz prensibinden doğan bu uygunluğun, *ceza ile müeyyidelendirilmiş hareket* unsuruna dahil olduğunu söylemektedir [9]. Leone de suçun mücerret objektif unsuru olmadığını, fakat her suçun kendine göre objektif unsuru olduğunu iddia ederek kanunî tipe uygunluk ile maddî unsuru birleştirmektedir [10].

Nihayet, kanunî tipe uygunluk nazariyesinin tatbikî hiç bir kıymeti olmadığını söyliyen Maggiore de kanunî tipin, suçun esasını teşkil eden fiilden farklı bir şey olmadığı fikrindedir [11].

21 — Tipiklik unsurunun zımnen kabulü.

Bir çok cezacılar, bizim anladığımız geniş mânasında unsur olarak telâkki edilebilecek bir şekilde ifade etmemiş olmalarına rağmen, tipikliği zımnen kabul etmişlerdir.

Meselâ Carrara, suçu tarif ederken «Devlet Kanununun ihlâli» tâbirini kullanmıştır. Bu tâbiri izah ederken, müellif «meneden bir kanun yoksa, bir kimsenin yaptığı hareket muahaze edilemez» demiş, ilâhî ve dinî kanunlardan tefrik için devlet kanunu tâbirini kullandığını da tasrih etmiştir. Carrara, suç tarifinde, bu kanunun neşir ve ilân edilmiş olmasını, vatandaşların emniyeti için sevkedilmiş bulunmasını da ilâve etmiş, suçu hareket veya fiil olarak değil de, sadece ihlâl olarak tarif edişini izah için de, suçun fiil ile kanun arasında bir tezat münasebeti olduğunu söylemiştir [12].

Görülüyor ki bu müellif, fiil ile kanun arasındaki tezat münasebetini belirtmekle bu münasebeti meydana çıkaracak mukayesenin muşahhas fiil ile kanunda tasrih ve tarif edilen fiil arasında yapılacağını ifade etmiş yâni, tipiklik unsurunu zımnen kabul etmiştir.

Kanunu bir unsur olarak kabul etmiyen Manzini de, suçu şeklî bakımdan «ceza denilen müeyyidesi olan hukukî bir kaidenin ferdî fiil ile ihlâli»

---

[9] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 120, not 2.

[10] LEONE: *Del reato abituale, continuato e permanente*, s. 29.

[11] MAGGIORE: *Diritto penale*, c. I, k. 1, s. 207.

[12] CARRARA: *Programma*, § 21-27, 34, 35.

diye tarif etmekte, cezaî bir kaideyi hakikaten ihlâl etmiyen fiilin suç sayılamıyacağını söylemekte ve bu hallere mefruz suç adını vermektedir [13].

Vidal ve Magnol da faili, mağduru ve mevzuu dahi unsurlar arasında saymasına rağmen kanunu veya kanuniliği unsur olarak kabûl etmemiş, buna rağmen Carrara'nın tarifini benimsediği için önceden neşrolunmuş bir kanun olmadıkça suçun mevcut olamıyacağını söylemekle tipiklik unsurunu zımnen tanımıştır [14].

Kanunî tipe uygunluk unsurunun mevcudiyetini sarahaten reddetmelerine rağmen, yine onunla meşgul olarak zımnen kabul edenler de vardır. Meselâ, Beling'in Thypentheorie'sini «her suç fiilinin muhtevasının Ceza Kanununda tarif edilen tipe uygun olmasının yeniden keşfedilmesi» diye alaylı bir şekilde izah eyliyen ve von Liszt'in bu keşfe ehemmiyet vermesini tenkit eden ve yeni klâsiklerin bu nazariyelerle uğraşarak vakitlerini kaybettiklerini söyliyen Ferri bile, kanunsuz suç olmaz prensipinin terkedilemiyeceğini beyan etmekle suç tipinin kanunda tesbiti lüzumunu ifade eden tipiklik şart-unsurunu zımnen kabul etmiştir [15].

Florian da tipiklik yahut suç tipine uygunluk nazariyesini, çok basit bir mefhumun yâni bir fiilin suç olmak için kanunda tasvir edilen suç tarifine uyması mefhumunun çok teferrüata giden ve muğlâklaştırılmış bir şekilde ortaya çıkması gibi görmektedir [16].

22 — Tipiklik unsurunun önşart veya vasıf olarak kabulü.

Bazı cezacılar da, unsur kelimesine dar bir mâna verdikleri için tipikliği unsur olarak tanımamakta, fakat onu bazan önşart, bazan vasıf olarak ele almakta, bu suretle bizim anladığımız geniş mânasında unsur olduğunu kabul eylemektedirler.

Meselâ Massari'ye göre, suçun teşekkülü için zarurî olan faktörler suç tipini meydana getirir. Bu faktörler de önşartlardan, kurucu unsurlardan ve şartlardan ibarettir. Cezaen teyit edilen bir normun mevcudiyeti Massari'ye göre önşartlardan biridir [17].

Altavilla da norm ve müeyyide bulunmasını suçun umumî önşartı olarak kabul etmektedir. Bu müellife göre önşartlar, cezalandırılabilme

---

[13] MANZINI: *Trattato,* c. I, s. 410.

[14] VIDAL ve MAGNOL: *Cours,* s. 75.

[15] FERRI: *Principii,* s. 387, 800.

[16] FLORIAN: *Trattato;* c. I, s. 390.

[17] MASSARI: *Il momento esecutivo del reato,* s. 133, 145.

şartlariyle birlikte suçun esaslı unsurlarının haricî kısmını teşkil ederler ve suçu meydana getiren beşerî faaliyetlerden ayrılırlar. Haricî esaslı unsurların suçtan önce olanları, önşartlardır. Bunlar suçun tahakkukunu mümkün kılarlar. Faaliyetin icrasından sonra olanlar da cezalandırılabilme şartlarıdır [18]. Görülüyor ki, norm ve müeyyide bulunması, yâni suç tipinin kanunda tesbit edilmiş olması bizim kullandığımız mânada unsur sayılmaktadır.

Diğer taraftan, ekseri Almanlar gibi mefhum ve muhteva tefrikini kabul etmiş olan Ranieri de cüzü' mânasına gelen unsur kelimesini muhteva hakkında kullandığı için, fiilin tipikliğini mefhumun vasıflarından biri olarak kabul etmektedir [19].

23 — Tipikliğin unsur olarak açıkça kabulü.

Tipikliğin açıkça unsur olarak kabul edildiği de vardır. Fransız doktrininde *kanunî unsur (élément légal)* namı altında, suçun kanunda tasvir edilmesi ifade edilmiştir. Meselâ Garraud kanunî unsuru «ferdin itaatle mükellef olduğu bir kanun tarafından fiilin derpiş edilmiş olması» diye tarif etmiştir [20]. Donnedieu de Vabres de kanunî unsuru sadece «Ceza Kanununun ihlâli» diye izah eylemiştir [21].

Türk doktrini de, kanunî unsuru, müstakil bir unsur olarak kabul etmiştir. Hocamız Tahir Taner, bu unsuru «fiilin Ceza Kanunu tarafından tasrih edilmiş olması» şeklinde ifade etmiştir [22].

Prof. Kantar da fiilin kanun tarafından suç addedilmesini kanunî unsur olarak adlandırmıştır [23].

Tipiklik veya kanunî tipe uygunluk mânasındaki kanunî unsur üzerinde esaslı araştırmalara Alman doktrininde ve onun tesiri altında kalan İtalyan doktrininde rastgelinmektedir.

Almanyada ilk defa Beling, hukuka aykırılığın yanında bir de kanunî tip veya fiilin muhtevası diye tercüme edebileceğimiz *Tatbestand'a uyuygunluk (Tatbestandmässigkeit)* unsurunu ortaya atmıştır [24].

---

[18] ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 77.

[19] RANIERI : *Diritto penale*, s. 91.

[20] GARRAUD : *Précis*, s. 118.

[21] DONNEDIEU DE VABRES : *Traité*, s. 52.

[21] TANER : *Ceza Hukuku*, s. 82, 131.

[23] KANTAR : *Ceza Hukuku*, s. 78, 81.

[24] BELING : *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906 (V. Hippel'den naklen: *Manale;* s. 120). (Grispigni : *Diritto penale;* II, 127).

İtalyan doktrini de son zamanlarda tipikliği (tipicità) yahut kanunî tipe uygunluğu *corrispondenza o conformità al tipo legale* müstakil bir unsur olarak açıkça kabul etmeğe başlamıştır. Meselâ Grispigni fiilin kanunî tipe uygunluğunu müstakil bir unsur olarak ele almakta ve ancak bu suretle suçun tahlilî bir mefhumunun elde edilebileceğini söylemektedir. Grispigni; kanunî tipe uygunluğun ayrı bir unsur olarak tetkikinin, hususî kısmın umumî nazariyesini meydana getirmesi bakımından faydası üzerinde de bilhassa durmaktadır [25]. Kanunî tip yerine kanunî model *modello legale* yahut kanunî şekil *figura o fattispecie legale* denildiği de vardır. Hattâ fattispiecie tâbiri mahkeme içtihatlarında da yer almağa başlamıştır.

24 — Kanaatimiz.

Tipikliğin unsur sayılıp sayılmaması hakkındaki çeşitli görüşleri izah ettikten sonra, bu mesele karşısındaki durumumuzu belirtmek isteriz.

Biz, bir fiilin, kanunda suç olarak gösterilmedikçe suç sayılamıyacağını kabul ediyor ve bunu suçun esaslı vasıflarından biri olarak telâkki ediyoruz. Almanların *Keine Verbrechen ohne Tatbestand* (Kanunî tipsiz suç olmaz) söziyle ifade etmek istedikleri de budur [26]. Rocco'nun «ceza sahasında vatandaşın hürriyet hakkı» «Diritto di libertà del cittadino in materia penale» adını verdiği [27] ceza bakımından serbestî, Ceza kanunlarının emir ve yasaklarının dışında fertlerin hareketlerinin suç sayılmamasiyle temin edilebilir [28].

Diğer taraftan, suçun esaslı vasıflarını, tam bir suç tarifinin şartlarından saydığımız için de, tipikliğini bir unsur olarak kabulde tereddüt etmiyoruz.

Bu unsurun müstakil olduğunu da kabul etmekteyiz. Filhakika tipiklik, Mezger ve Antolisei'nin iddialarının (n. 19) hilâfına olarak, hukuka aykırılıkta dahil değildir. Bir fiilin tasvirî safhası ile hukukan değerlendirilmesi safhalarının ayrılamıyacağını iddia eden Moro'nun görüşünü de (n. 19) kabul etmemekteyiz. Çünkü, hattâ yine Mezger'in kabule mecbur olduğu üzere, fiil, kanunî tipe uygun olmasına rağmen hukuka aykırı olmıyabilir. Fiil sade hukuka aykırı değil, fakat, ayni zamanda, kanunî

[25] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. II, s. 11, 127.

[26] PANNAIN : *Manuale*, s. 175.

[27] ROCCO : *L'oggetto del reato*, s. 531.

[28] Mevzuumuz dışında kaldığı için, burada suçun kanunîliği prensibi üzerinde durmıyacağız.

tipe uygundur [29]. Kaldı ki biz, tipe uygun olanın sadece fiil olduğunu da kabul etmiyoruz (n. 28).

Kanaatimizce, tipiklik, V. Hippel ve Battaglini'nin iddialarının (n. 20) hilâfına olarak, maddî unsura da dahil değildir. Çünkü suç nazariyesinin mevzuu olan mücerret ve umumî suçun maddî unsurunu teşkil eden yine mücerret ve umumî olan hareket ve netice, kanundaki tipe uymadıkça suç teşkil etmez.

Grispigni'nin dediği gibi, pek zorlanırsa, hareket ve netice, tipiklik unsuruna sokulabilir. Fakat bu takdirde haklılık sebepleri olmaması ve kusurluluk unsurları da ithal edilmelidir [30]. Suçu, unsurlarına ayırmak suretiyle güdülen gaye ise, suçun meydana gelmesi için zarurî olan bu şartların bir unsur sayılmasını gerektirmektedir.

Tipiklik ile uğraşanların faydasız bır surette çalıştıkları ve vakit kaybettikleri yolunda serdolunan tenkitleri de (n. 21) haksız bulduğumuzu ilâve etmek isteriz. Bir kere, kanunî tipe uygunluk unsurunun kabulü ile kanunsuz suç olmaz prensibinin suç nazariyesi içindeki mevkii tayin edilmiş olmaktadır.

Diğer taraftan, kanunî tipte sadece objektif unsurların mevcudiyetini iddia edenlere münhasır olmak üzere, bu unsurun kabulü Grispigni'nin pek haklı olarak üzerinde durduğu gibi [31], şu veya bu suçun, bütün hususiyetleriyle birlikte ele alındığı zaman, bakiye vermiyecek bir şekilde tahliline imkân vermektedir. Filhakika suçların fail, mevzu, vasıta, zaman ve mekân gibi hususiyetleri hattâ hareket ve netice çeşitleri hareket ve netice unsurunda umumî bir şekilde tetkik edilmemektedir. Bütün bu hususiyetlerin sistemlere ircaı, hususî kısmın umum nazariyesini meydana getirecektir. Bu ise, kanunî tipe uygunluğun bir unsur olarak kabulüne terettüp eden bir netice olacaktır. Kanunî tipin bu metodolojik ehemmiyetine Bettiol [32] ve Leone [33] de işaret etmişlerdir. Biz, kanunî tipi objektif unsurlara inhisar ettirmemekle beraber, hususî suçlardaki maddî unsurların da sistemleştirilmesi lüzumunu bize hatırlatmasını, doktrin faaliyetlerinin bir faydası olarak telâkki etmekteyiz.

---

[29] MEZGER : *Diritto penale,* s. 194.

[30] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. II, s. 11; not 5.

[31] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. II, s. 127.

[32] BETTIOL : *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione.* Rivista italiana di diritto penale, 1932, s. 525 (Leone'den naklen: *Del reato abituale, continuato e permanente.* s. 25).

[33] LEONE : *Del reato abituale, continuato e permanente,* 1933, s. 25.

2. §

KANUNÎ TİPİN MUHTEVASI

25 — Kanunî tipin suç mefhumundan farksız olduğu telâkkisi, 26 — Kanunî tipin, bütün suçların kurucu unsurlarından mürekkep olduğu telâkkisi, 27 — Kanunî tipin maddî unsurlardan ibaret olduğu telâkkisi, 28 — Kanaatimiz, 29 — Kanunî tipin sübjektif unsurları nazariyesi, 30 — Kanaatimiz, 31 — Kanunî tipin normatif unsurları nazariyesi, 32 — Kanaatimiz.

25 — Kanunî tipin suç mefhumundan farksız olduğu telâkkisi.

Suçun, daha doğrusu suç tipinin Ceza Kanunu tarafından derpiş edilmesi çeşitli anlayışlara yol açmıştır. Kanunun meselâ adam öldürme veya hırsızlık gibi suçlara ait mücerret tipler tesbit ettiği ittifakla kabul edilmiş olmasına rağmen, muhtevası bakımından tip kelimesine verilen mânalar birbirinden çok farklıdır.

Bir fikre göre, kanunî tip, belli bir suçun mefhumundan farksızdır. Alman doktrininin bilhassa ilk zamanlarda kabul ettiği bu fikir, suçu terkibî olarak Begriff (mefhum), tahlilî olarak da Tatbestand kelimesiyle ifade etmektedir. Kelime kelime tercüme etmek lâzım gelirse (fiilî durum = Stato di fatto) demek olan [34] *Tatbestand*, böylece suçun unsurlarının heyeti umumiyesi veya bir diğer söyleyişle, cezalandırılabilme önşartlarının heyeti umumiyesi mânasına gelmektedir [35]. Şu halde, kanunî tip ve suç mefhumu ayni madalyanın iki yüzü mahiyetindedir.

Bu fikrin bugün de taraftarları vardır ve bunlar bilhassa kanunî tipte sadece objektif unsurun mevcudiyetini kabul edenlerle mücadele etmektedirler. İtalyada Ranieri ve Antolisei'yi bu arada sayabiliriz. Ranieri diyor ki [36], kanunî tip, suçun bütün unsurlarından terekküp eder. Bir fiil menedilmişse, bu menediliş, sadece fiil olduğundan değil, ayni zamanda failin iradesi bakımındandır. Hele bazı suçlarda, sübjektif unsurların fiil üzerindeki inikâsları inkâr edilemez. Meselâ diğer cürmün işlenmesini temine matuf rüşvet suçunda (CK 218), hareket, başka bir fiilin tahakkuku için failin istediği bir vasıta olarak maddî unsur sayılmıştır. Keza yalan şahitlikte (CK 286) failin hareketi, ruhî bir vetiresinin ifadesi olarak maddî unsurlar arasına girmiştir. Bu hallerde sübjektif unsurlar hem

[34] ANTOLISEI : *Manuale*, s. 97.

[35] Bak. MEZGER : *Diritto penale*, 195.

[36] RANIERI : *Diritto penale*, s. 95.

fiil çerçevesi içine girmekte, hem de maddî unsura bir mâna ve kıymet vermektedir. Hülâsa, kanunî tip tâbirine verilecek mâna, fiili teşkil eden sübjektif unsurları da ihtiva etmek zaruretindedir.

Antolisei de şöyle demektedir [37] : Kanunî tipte sadece maddî unsurların bulunduğu kabul edilemez, zira ruhî faktör nazara alınmadan suç hakkında doğru bir fikir sahibi olmağa imkân yoktur. Hususî tipte failin ruhî durumu nazara alınmamış dahi olsa, yine umumî kısımda tanzim edilmiş olan sübjektif unsur nazara alınmalıdır. Sübjektif unsurun umumî kısımda tanzim edilmesi, sadece kanun tekniğine taallûk eden bir meseledir. Çeşidi az olduğundan, sübjektif unsur, umumî kısımda mütalâa edilmiş ve hususî kısımda tekrar olunmamış, bu suretle tariflerin basitleştirilmesi sağlanmıştır.

Kanunî tip mefhumunu, hukukî tarif ile ifade eden Prof. Taner [38] de, kanunî tip muhtevasını en geniş olarak kabul edenler arasında sayılabilir. Hukukî tarifin unsurları, suçun unsurları addedilmektedir. Yâni bunlar bir araya gelince suç da meydana gelmektedir. Şu halde kanunî tip sadece failin hareketini tarif etmemekte, failin kasıt ve taksir gibi mânevî durumunu, suçun faile yabancı olan objektif diğer unsurlarını, suç mevsuf ise, cezayı azaltan veya çoğaltan ârızî diğer unsurları da ihtiva etmektedir. Hülâsa, basit veya mevsuf bir suç için cezayı gerektiren bütün şartlar, kanunî tipi teşkil etmektedir.

Suçun kanunî unsuru olduğunu kabul etmekle beraber, muhteva meselesi üzerinde durmamış olan müellifleri, meselâ Garraud ve Donnedieu de Vabres'ı, kanunî tipi en geniş muhtevasiyle kabul edenler arasında sayabiliriz.

Kanunun mevcudiyetini önşart olarak ele alan Massari ve Altavilla (n. 22) da bu mesele üzerinde durmadıklarından kanunî tipi en geniş mânada almış addolunabilirler.

Keza, kanunî tipe uygunluğu zımnen kabul edenleri de bu grupa sokmak mümkündür.

26 — Kanunî tipin, bütün suçların kurucu unsurlarından mürekkep olduğu telâkkisi.

Kanunî tipe, birincisine nazaran biraz daha dar bir mâna veren diğer bir fikre göre de, suç tipinde bütün suçların müşterek kurucu unsurları mevcuttur. Bu itibarla bir *«Umumî tip, fattispecie generale, allgemeiner*

[37] ANTOLISEI : *Manuale*, s. 97.

[38] TANER : *Ceza Hukuku*, s. 135, 260, 286.

Tatbestand» dan bahsolunmaktadır. Bu umumî tip mevzuu karşısında bir de *hususî tip, fattispecie particolare, Besonderer Tatbestand*» mefhumu vardır. Hususî tipin eksiklikleri umumî tip sayesinde doldurulacaktır.

Kanunî tipi ikiye ayıran bu telâkki, Alman doktrininde ikinci merhaleyi teşkil etmiştir. Bu fikir taraftarları arasında v. Liszt [39], Allfeld [40] ve V. Hippel [41]'i sayabiliriz. V. Liszt, hususî tipte belli bir suçun kurucu unsurlarının, yâni hareket, fail, mevzu, zaman, mekân ve vasıtaya müteallik hususî hükümlerinin dahil olduğunu söylemekte, sadece, hukuka aykırı hareketten müstakil olduğunu kabul ettiği cezalandırılabilme şartlarının hususî tip dışında kaldığını ileri sürmektedir [42].

Bu tefrikin aleyhinde olanlar da vardır. Meselâ Grispigni demektedir ki [43]: Umumî ve hususî diye iki çeşit tip kabulü mahzurludur. Belli bir suçun umumî unsurlardan ve fazla olarak hususî unsurlardan teşekkül ettiği zehabını uyandırır. Halbuki hususî unsurlar, umumî unsurların bir çeşidini teşkil eder. Aralarında nevi - cins münasebeti olan bu iki şeyi birbirinden başka şeylermiş gibi göstermeğe lüzum yoktur.

Görülüyor ki, kanunî tipi umumî ve hususî diye ikiye ayırmak suretiyle mânayı daraltanlar dahi unsur bakımından bir tefrik gözetmiş değillerdir. Her çeşit unsurlar tipe dahil sayılmaktadır.

27 — Kanunî tipin maddî unsurlardan ibaret olduğu telâkkisi.

Kanunî tipin mânasını daha darlaştıran bir fikre göre de, suç tipi ile suçun sadece maddî unsurları kastedilmektedir. Bu suretle kusurluluğa yâni mânevî unsura müteallik unsurlar kanunî tipin dışında kalmış olmaktadır.

Bu fikir ilk defa Beling tarafından ortaya atılmıştır. Bu müellife göre, failin kusur veya taksir ile hareket ettiğini değil, fakat adam öldürme veya hırsızlık kasdiyle hareket etmiş olup olmadığını bilmek bahis mevzuudur [44]. Görülüyor ki mücerret bir kasıt yoktur, şu veya bu

[39] V. LISZT: *Traité*, s. 169.

[40] ALLFELD: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 8. bası, 1922, s. 100 (Mezger'den naklen: *Diritto penale*, 195).

[41] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 120.

[42] V. LISZT: *Traité*, s. 281.

[43] GRISPIGNI: *Diritto penale*; c. II, s. 128.

[44] BELING: *Il significato del principio «nulla poena sine lege poenali»*. Giustizia Penale. 1931. Parte I, col. 328 (Leone'den naklen: *Reato abituale ecc.*, 1933, s. 29).

suçun kasdı vardır. Bunun gibi maddî unsur da mücerret ve umumî olarak mütalâa edilmemelidir. Objektif unsur diye bir şey bizatihi mevcut değildir. Fakat şu veya bu suçun objektif unsuru vardır. İşte kanun koyucunun bir norm ile tesbit ettiği bu objektif unsur Tatbestand'dan ibarettir [45].

Grispigni de dar mânada, yâni yalnız objektif unsurlara münhasır olmak üzere kabul olunan bir «kanunî tip» e uygunluğun suç unsuru sayılabileceğini, bütün suç unsurlarını ihtiva eden bir tipe uygunluğun unsur değil, suçun özü olduğunu söylemektedir [46].

Kanunî tipin objektif unsuru ihtiva ettiği hakkındaki tez, Alman doktrininde bugün hâkim bulunmaktadır. Bu arada Mezger [47], Nagler, Dahm ve Hellmuth Mayer'i zikredebiliriz [48]. Bu tez taraftarları, Alman Ceza Kanununun 59 uncu maddesinden de kuvvet almaktadırlar. Zira bu maddede, kusurluluk ayrıca zikredildiği için, sadece objektif unsurları ihtiva eden bir Tatbestand'dan bahsedilmektedir. Bu tezin İtalyadaki taraftarları arasında Battaglini [49], Delitala [50], Leone [51] ve Finzi [52]'yi de gösterebiliriz.

İlâve etmek lâzımdır ki, Beling, 1930 da neşrettiği «Tatbestand nazariyesi» adlı eserinde, Tatbestand hakkındaki fikrini esaslı surette değiştirmiştir. Müellif Tatbestand ile suç tipi arasında fark gözetmekte ve birincisini Ceza Kanununa yol gösteren basit bir şekil, mücerret bir tasavvur, kök mefhum, ikincisini, kanunî değer ifadesi, suç tarifinin kurucu bir kısmı olarak ifade eylemektedir [53].

Kanunî tipin objektif unsuru ihtiva ettiğini kabul edenleri de hukuka aykırılığı ayrıca unsur kabul edip etmediklerine göre ikiye ayırmak mümkündür:

I. Bazıları hukuka aykırılığı ayrı bir unsur sayarlar. Bunlar maddî unsuru, bu itibarla hukukî tavsiften mücerret olarak ele alırlar. Meselâ,

---

[45] LEONE: *Reato abituale, continuato e permanente.* 1933, s. 28.

[46] GRISPIGNI: *Diritto penale;* c. II, s. 126.

[47] MEZGER: *Diritto penale,* s. 196.

[48] RANIERI: *Diritto penale,* s. 94.

[49] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 113.

[50] DELITALA: *Il fatto nella teoria generale del reato,* 1929, s. 115 (Pannain'den naklen: *Manuale,* 175).

[51] LEONE: *Reato abituale, continuato e permanente,* s. 25.

[52] FINZI: *Ernst Beling e la teoria del Tatbestand.* Giustizia Penale. 1931. Parte I, col. 313 (Leone'den naklen: *Reato abituale,* ecc.., s. 25).

[53] MEZGER: *Diritto penale,* s. 196; not 1.

Beling'e göre, fiil sadece fizik bakımdan tarif ve tasvir edilmiştir. Müşahhas fiilin mücerret fiile uygunluğuna bakılacak, suçun unsurlarından biri olan fiil unsurunun mevcudiyeti bu suretle tâyin edilecektir. Kusurluluk, hukuka aykırılık unsurları ayrıca araştırılacaktır [54].

II. Hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak kabul etmiyenlere göre de, fiilî, tabiî, fizik mânada almamak lâzımdır. Meselâ Battaglini'ye göre, suç, hukukî bir şekildir, kanunun derpiş ettiği bir fiil bahis mevzuudur, sairleri gibi, objektif unsurlar da bu hukukî şekle dahil bulunmaktadır [55].

28 — Kanaatimiz.

Kanunî tipin muhtevasını tayin etmek için, kanaatimizce, evvelâ, kanunî tip tâbirinden ne anladığımızı tesbit etmeli, ondan sonra bu tipte nelerin bulunduğunu araştırmalıyız. Cevaplandırmak mecburiyetinde olduğumuz meseleleri şöylece vazedebiliriz: 1) Kanunî tipin umumî ve hususî diye ikiye tefriki doğru mudur? 2) Kanunî tipte sade objektif unsurlar mı bulunmalıdır?

Kanunî tipte tasvir edilen fiilin hukukî tavsiften mücerret olup olmadığı, bir diğer söyleyişle tipiklikten ayrıca hukuka aykırılık unsurunun kabul edilip edilmemesi meselesini ilerde (n. 55) halletmeğe çalışacağız.

I. Kanaatimizce, kanunî tipin umumî ve hususî diye ikiye tefriki sun'îdir, fakat muvafıktır. Hakikatte umumî tip diye bir şey olmadığı, bu mücerret mefhumun hususî suç tiplerinin unsurlarının umumîleştirilmesinden elde edilen mücerret umumî unsurlardan meydana geldiği, umumî tipin umumî unsurlarının, hususî tipin unsurlarından farklı şeyler olmadığı, bunların aralarında nevi - cins münasebeti bulunduğu şüphesizdir. Bu itibarla bir suçun evvelâ umumî unsurlardan, sonra, fazla olarak, hususî unsurlardan teşekkül ettiği iddia olunmıyacaktır. Belli bir suç bahis mevzuu olunca, sadece o suçun hususî unsurları aranacaktır. Meselâ adam öldürme suçu denince, sadece «netice» den değil, fakat ölüm neticesinden bahsolunacaktır.

Kanunî tipin umumî ve hususî diye ikiye tefrikinin bir faydası, öğretim bakımındandır. Çeşitleri az olan umumî unsurlar, suç nazariyesinde tetkik edildiği için hususî suçların mütalâası sırasında ayrıca tekrar

---

[54] BELING : *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930 (Battaglini'den naklen : *Diritto penale*, 115).

[55] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 116.

edilmez. Meselâ kusur unsurundan ve bunların çeşitlerinden suç nazariyesinde bahsedilir. Meselâ adam öldürme suçunun tetkiki sırasında bu mesele üzerinde durulmaz.

Kanunî tipin umumî ve hususî diye tefrikinin bir diğer faydası da cezaî norm ile tesbit edilen hususî tipin noksanlarının umumî tiple telâfisine imkân vermesidir. Meselâ hususî tipte mânevî unsurdan bahsedilmemiş ise umumî mânevî unsura başvurulur.

Umumî ve hususî tip tefriki sun'î olduğuna ve hakikatte sadece hususî tipler bulunduğuna göre, aralarındaki cins-nevi, umumîlik-hususîlik farklarına rağmen, her iki tipin muhtevası arasında bir fark olmaması tabiîdir. Hususî tipte ne varsa, bunlar umumî olarak ifade edilmek şartiyle, umumî tipte de mevcuttur. Hususî tipte maddî unsurdan başka unsurlar da varsa, bunların da umumî tipte yer alması icap edecektir.

II. Kanaatimizce, kanunî tipin sade objektif unsurlara inhisar ettirilmesi fikri kabul edilemez.

Unsur kelimesini geniş mânada kabul ettiğimizden, Grispigni'nin iddiası üzerinde durmıyacağız.

Tipiklik unsurunu, suçların kanuniliğini ifade etmesi bakımından kabul ettiğimizi görmüş bulunuyoruz (n. 24). Her ne kadar, ilk bakışta, hukukun insan hareketlerini tanzim ettiği, hukuk normları tarafından emrolunan veya yasak edilen şeylerin insanların hareketlerinden ibaret bulunduğu, binaenaleyh suç tiplerinde sadece hareketin tesbiti bahis mevzuu olduğu mülâhazası varid olmaktaysa da, hareketin kusurluluktan, yâni mânevî unsurdan müstakil olarak derpiş edilmediği muhakkaktır [56].

---

[56] Ceza Kanunumuzun birinci maddesinde «kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil» den bahsolunmaktadır. Burada fiil kelimesi, sadece objektif unsuru, değil, fakat hem objektif, hem sübjektif unsurları ihtiva etmekte, neticesi ile, failine ruhî bağlılığıyla birlikte bir kül olarak beşerî hareket tarzını ifade eylemektedir.

Maamafih fiil kelimesinin, yabancı lisanlarda olduğu gibi hattâ yine Ceza Kanununda başka mânalarda kullanıldığı da vardır. Meselâ 46, 108 inci maddelerdeki fiil sade objektif unsur mânasınadır. Bu mânada fiil, hareket ve neticeyi de ihtiva eder. Buna mukabil 79 uncu maddedeki fiil kelimesi ile suçun sadece neticesi (Kunter: *Fikrî içtima sebebiyle suçların birleştirilmesi.* İstanbul, Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1918, I-II, 363), 103 uncu maddedeki fiil ile de sadece hareket (n. 152,II) kastedilmiştir. Suçun maddî unsurları nazariyesine taallûk eden bu mesele üzerinde duracak değiliz.

Suçların kanunîliği prensibini ifade etmek üzere her suçun tipinin tayin edilmiş olması lüzumunu kabul ettiğimize göre, *kanunî tipte, hususî suçun mevcudiyeti için gerekli bütün şart - unsurların bulunması zarurîdir.* Zarurî olmıyan, bu unsurların hepsinin teker teker kanunî tipte gösterilmesidir. Bunların içinde tamamen veya kısmen umumî olanlarının, umumî kısımda ifade edilmesiyle iktifa olunması da mümkündür.

Kanunî tipte mevcut olması ve hattâ belli suçu tanzim eden ceza normunda tasrihi gereken unsurların başında, objektif unsurların geldiğini inkâr edecek değiliz. Hareket, netice ve sebebiyet alâkasından ibaret üç çeşit objektif unsurdan en az birinin, yâni neticenin, kanunî tipte tarif ve tesbit edilmesi zarurîdir. Üçünün de kanunî tipte yer alması mümkündür, fakat zarurî değildir. Bazı suçlarda kanun koyucu sadece neticeye kıymet verir, onu tesbit eder. Bundan, o neticeyi meydana getiren hareketlerin ehemmiyeti olmadığı neticesini çıkarabiliriz. Adam öldürme suçunda olduğu gibi. Bazan kanun koyucu neticeyi meydana getiren hareketi de belli bir suç tipinde tarif eder. Siyasî hürriyeti tahditte (CK 174) olduğu gibi. Nihayet, kanun koyucunun bazan sebebiyet alâkasını da suç tipinde tesbit ettiği vâkidir. Taksirle adam öldürmede olduğu gibi. Belli bir suç tipini meydana getirmek için ceza normunda tesbiti gereken noktalar arasında kusurluluk diye adlandırılan sübjektif unsur da vardır. Her ne kadar bazılarınca kusurun biri kasıt, diğeri taksir olmak üzere iki, bazılarınca da bunlara «başka suç kasdı» diye tercüme edebileceğimiz «preterintenzione» nin ilâvesiyle üç çeşiti olduğu kabul olunuyorsa da, kısmen umumî mahiyette olan bunlardan hangisinin arandığının tesbiti icap eder. Kasıtla adam öldürme cürmü ile taksirle adam öldürme cürmünü birbirinden ayırdedecek yegâne noktanın mânevî unsur olduğunu gözden uzak tutmamak lâzımdır. Mânevî unsurun çeşidinin az oluşu sebebiyle çok defa umumî kısımla iktifa olunarak hususî kısımda kasdın zikredilmemesi, sadece taksirden ve neticenin kasdı aşması hallerinden bahsolunması, suç tipinde mânevî unsurun mevcut olmadığı zehabını vermemelidir.

İlâve etmemiz lâzımdır ki, kanunî tipe objektif unsurlardan başkalarını da ithal edişimiz, objektif tip taraftarlarının ileri sürdükleri faydalardan bizi mahrum etmemektedir. Filhakika, çeşitli kanunî tiplerin sistemlere irca edilmesi suretiyle umumî olan unsurlar içinde, her suçun çeşitli hususiyetlerinden umumî olarak bahsetmek yine mümkündür. Bu arada maddî unsura taallûk eden zaman, mekân, vasıta, fail, mağdur bakımlarından hususiyetler de, Grispigni'nin ısrarla üzerinde durduğu gibi, bakiye vermiyecek şekilde tetkik ve mütalâa olunabilecektir. Şimdiye kadar bu tetkikin yapılmamış olması bir eksiklik olabilir, fakat bunun

mesuliyetini, kanunî tipin geniş mânada alınmasına yüklemek reva değildir.

29 — Kanunî tipin sübjektif unsurları nazariyesi.

Kanunî tipin objektif unsuru ihtiva ettiğini kabul edenlerden bazılarına göre, suç tipinde, sadece hareket ve netice tarif ve tasvir edilmiş değildir. Sübjektif bazı unsurlar da vardır. Bazı objektif unsurlarda sübjektif inikâsların bulunması, Tatbestand'ın bazı cezacılar tarafından biri objektif veya haricî, diğeri sübjektif veya dahilî olmak üzere ikiye ayrılmasına sebep olmuştur. Birinciler (der objektive oder aüssere Tatbestand) sade objektif unsurları, ikinciler (der sübjektive oder innere Tatbestand) dahilî, sübjektif unsurları ihtiva etmektedir.

Kanunî tipin mevcudiyetini yâni tipikliği ve hukuka aykırılığı çok defa birlikte mütalâa eden Alman doktrini, kanunî tipte sübjektif unsurların da bulunduğunu ileri süren nazariyeyi «hukuka aykırılığın sübjektif unsurları nazariyesi» diye adlandırmıştır (n. 58). Biz bu iki unsuru ayırdığımız ve hukuka aykırılık ile, ilerde göreceğimiz gibi (n. 71), bütün hukukî nizam bakımından hukuka aykırılığı kasdettiğimiz için, Grispigni ile birlikte [57], «kanunî tipin sübjektif unsurları nazariyesi» nden bahsedilmesinin doğru olacağı fikrindeyiz (n. 30).

Alman doktrininde hukuka aykırılığın sübjektif unsurlarının da kanunî tipte yer aldığını ileri sürenler şöyle düşünürler: hukuka aykırılık objektif mahiyettedir. Kanunî tipe uygunluk ile hukuka aykırılık ayrı ayrı iki unsur değildir. Kanunî tipin muhtevası, Ceza Kanununa göre hukuka aykırılıktır. O halde hukuka aykırılığın objektif unsurları —yâni suçun maddî unsurları— gibi, sübjektif unsurları da kanunî tipte dahildir [58].

Doktrinde hukuka aykırılığın sübjektif unsurları nazariyesini ilk defa 1911 senesinde H. A. Fischer ortaya atmıştır. Bu müellif, kusurluluk ile hukuka aykırılığı ayırmasına rağmen, objektif hukuka aykırılık sahasında dahi sübjektif unsurların tesiri olduğunu kabul etmiş, bilhassa hususî hukuk sahasında objektif olarak menedilmemiş olan, fakat failin caiz veya memnu sandığı fiilleri tetkik eylemiş ve failin kasdı sebebiyle fiilin tasvip edilmediğini göstermiştir [59].

---

[57] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. II, s. 132.

[58] MEZGER : *Diritto penale*, 196, 210.

[59] FISCHER : *Die Rechtswidrigkeit.* (Mezger'den naklen : *Diritto penale*, 197)

Meseleyi ceza hukuku sahasında ele alan Hegler olmuştur. Bu müellif de hukuka aykırılığın objektif mahiyeti taraftarlarındandır. Fakat kanaatince objektif içtimaî zarar, kendi tâbiriyle *içtimaî zararlılık (Sozialschädlichkeit)* bazı hallerde sübjektif unsurlara bağlıdır. Meselâ hırsızlıkta sadece menkul malı almak değil, fakat faydalanmak kasdiyle almak lâzımdır [60].

M. E. Mayer de hukuka aykırılığın objektif mahiyeti taraftarlarındandır. Fakat şu suali de kendi kendine sormaktadır: Bir hareketin hukuka aykırılığını, failin gayelerini nazara almadan tesbite daima imkân var mıdır? Müellif, bu suale menfi cevap vermektedir. Bazı hallerde, hukuka aykırılık, failin sübjektif iradesinin istikametine bağlıdır. Bu sübjektif unsurların kusurlulukla alâkası yoktur [61].

Mezger'e göre, hukuka aykırılığın sübjektif unsurları nazariyesi şöyle ifade olunabilir [62]: Hukuka aykırılık, hukuk normlarının objektif antitezidir. Hukuka aykırı hareket eden kimsenin, yaptığı hukuka aykırılıkla olan ruhî, sübjektif münasebetleri, hukuku ihlâli ve onun objektif esaslarını bilmesi, hukuka aykırı olarak hareket etmek kasdı, hukuka aykırılığın şahsa isnadında yâni kusurluluk nazariyesinde yeralır. Normal olan, kaideyi teşkil eden budur. Fakat bu kaidenin istisnaları vardır. Haricen ayni olan iki faaliyetten, failin faaliyetine verdiği mânaya göre birisi hukuka aykırı, diğeri uygun olabilir. Sübjektif unsurlar bazan hukuka aykırılığın unsurları olur, bazan hukuka aykırılığı kaldırırlar. Maamafih bu istisnaları ancak müsbet hukuk tâyin edebilir.

Nasyonal-Sosyalist Almanyada büyük bir itibar görmüş olan iradî ceza hukukunun taraftarları da hukuka aykırılığın sübjektif unsurlarını kabul etmektedirler. Maamafih Mezger, Zimmer, Hegler gibi, bunların sadece hukuka aykırılık unsuru olmadıklarını, ayni zamanda kusurluluk unsurunu da teşkil ettiklerini söyliyenler vardır [63]. Mesele, halledilmiş olmaktan çok uzaktır. Hangi unsurların hukuka aykırılığın sübjektif unsurları sayılacağı meselesi de ihtilâflıdır. Mezger şu üç nevi suçta, hukuka aykırılığın sübjektif unsurlarını kabul etmektedir [64]:

---

[60] HEGLER: *Die Merkmale des Verbrechens.* ZSTW. 36, s. 31 (Mezger'den naklen: *Diritto penale,* 187) (Moro: *l'antigiuridicità penale,* 67).

[61] MAYER (M. A): *Der Allgemeine Teil des deutsches Strafrechts.* (Mezger'den naklen: *Diritto penale,* 189).

[62] MEZGER: *Diritto penale,* 189.

[63] RANIERI: *Diritto penale,* 95; BETTIOL: *Diritto penale,* 188.

[64] MEZGER: *Diritto penale,* 192; GRISPIGNI: *Diritto penale;* c. II, s. 132.

1) *Absichtdelikte* (gaye suçları). Bunlarda fiil tahakkuk etmemiş bir başka gayeye varılmak için işlenmiştir. Müellif bunlara iki hareketli tamamlanmamış suçlar adını da vermektedir. Kullanmak için sahte para imalinde olduğu gibi.

2) *Tendenzdelikte* (temayül suçları). Bu suçlarda fiil, failin sübjektif temayülünün delili olarak gözükmektedir. Irz ve namusa tasaddî, yataklık suçlarında olduğu gibi.

3) *Erspressungdelikte* (ifade suçları). Bu suçlarda hareket, failin ruhî bir vetiresinin ifadesi olarak görülmektedir. Yalan yere yemin suçunda olduğu gibi.

Hegler ise şu tasnifi yapmaktadır [65]:

1) Mefruz ruhî durum veya ruhî tesir halleri. Birinciye misal olarak öğrenilmiş bir suçu ihbar etmemek, ikinciye misal olarak da ırza tasaddî suçu gösterilmektedir.

2) Kasda göre mânalandırılan haller. Uzaklaşmanın firar maksadiyle olması halinde meydana gelen firar suçunda olduğu gibi.

3) Gayeye göre mânalandırılan haller. Bunlar da ikiye ayrılmaktadır:

a) Hareketin, bir başka harekete lüzum göstermeden tahakkuk edecek olan gayeye ulaşmak için vasıta olduğu haller. Suçluyu gizlemek cürmünde olduğu gibi.

b) Hareketin, bir başka harekete lüzum gösterecek olan bir gayeye ulaşmak için vasıta olduğu haller. Sigortadan istifade için malın kasden tahribinde olduğu gibi.

Hukuka aykırılığın sübjektif unsurları nazariyesi İtalyada taraftar bulmuştur. Meselâ Bettiol, hukuka aykırılığın objektifliğine taraftar olmakla beraber, fiili sadece adale hareketi saymamakta, iradîlik olmadan hareketin bahis mevzuu olamıyacağını, iradîlik ile kusurluluk ayni şey olmadığına göre, objektiflikten ayrılınmamış olduğunu söylemektedir. Müellife göre, hukuka aykırıdır, diyebilmek için bir harekette mevcudiyeti zarurî olan bu ruhî unsur ile hukuka aykırılığın sübjektif unsurları farklıdır. Sübjektif unsurlar bazı suçlarda ve bazı suçlularda mevcut ruhî temayüllerin ifadesidir. Ekser hallerde hukuka aykırılık objektif olarak

---

[65] HEGLER: *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente*. Festgabe für Frank. I, 306 (Grispigni'den naklen: *Diritto penale*, II, 132).

tayin edilmekle beraber bazı hallerde de hukuka aykırılık hükmünün sübjektif mahiyette gaî unsurların mevcudiyetine bağlı tutulması da mümkündür. Fakat müellif, hâkim Alman doktrininden ayrılarak, bu hallerde ayni zamanda kusurluluğun mevcudiyetini kabul etmemekte, kusurluluk hükmünün hukuka aykırılık hükmiyle birleşmediğini söylemektedir [66].

Grispigni, hukuka aykırılığın sübjektif unsurlarının, kanunî tipin sübjektif unsurları olarak tetkik edilmesi lüzumuna işaret etmiştir. Zira, bu müellif kanunî tipe uygunluk ile hukuka aykırılığı ayrı ayrı iki unsur olarak kabul etmektedir. Grispigni şöyle demektedir [67]: Kanunî tipte mevcut unsurların objektif; yâni fail bakımından haricî olması, başka şahısların ruhî fiillerinin de kanunî tipte bulunmasına mani değildir. Çünkü bunlar da faile nazaran yabancıdır, objektiftir. Hattâ, fail bakımından dahilî olan ruhî fiillere atıf suretiyle objektif hareketin tesbit edildiği de vâkidir. Fakat bu dahilî ruhî fiiller kusurluluktan ayrıdır.

İlâve etmek lâzımdır ki, Grispigni Alman doktrininde hukuka aykırılığın sübjektif unsurları denilen unsurlar arasında bir tefrik yapmaktadır [68]. Bir kısım sübjektif unsurlar, meselâ hususî kasıt ve hattâ Almanların Motivedelikte dedikleri saik suçlarını meydana getiren ruhî sebepler tamamen kusurluluk unsuruna dahil sayılmakta, bir kısım sübjektif unsurların ise muhtelit karakterde olduğu kabul olunmaktadır. Bu muhtelit karakterde sübjektif unsurlar bir bakımdan objektif tipi tarif eder, bir bakımdan kusurluluğa yapılan bir atfı ihtiva eder. Hareketin belli bir neticeye müteveccih olduğu suçlar böyledir. Gayenin hem sübjektif ve hem de objektif olmak üzere çifte vazifesi olmasını müellif şöyle izah etmektedir: «Eğer bunların birlikte olduğu kabul edilmezse, Hegler'in yaptığı gibi, gayenin tam suçlarda kusurluluğa, teşebbüs halinde kalan suçlarda ise maddî unsura girdiğini kabul etmek lâzım gelecektir ki, buna da imkân yoktur.

Grispigni, hareketin ruhî bir tezahürden ibaret olduğu *ifade suçlarında*, müştereken karar vermeyi gerektiren suçlarda, failin ruhî itiyadını gösteren, yahut bir sevki tabiîsinin yahut arzusunun tatmini için vasıta teşkil eden hareketleri ihtiva eden suçlarda, ve nihayet, faili yahut mağdurun hareketini tavsif eden ruhî fiillerden terekküp eden suçlarda bu sübjektif unsurların çifte vazifesi olduğunu söylemektedir.

Hukuka aykırılığın sübjektif nazariyesi taraftarlarından olup da mânevî ve maddî unsurlar arasında kat'î bir tefrik yapılamıyacağını söyli-

---

[66] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 187 - 190.

[67] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 126, 132.

[68] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 133.

yen cezacıların, kanunî tipi tamamen objektif sayanlar arasında zikredilemiyeceğini iddia edenler olmuştur [69]. Fakat bu sübjektif unsurları kusurluluktan ayrı tutan veya çifte vazifesi olduğunu söyliyenlerin, kanunî tipi maddî unsurlardan ibaret sayıp, kusurluluğu tip haricinde bırakanlardan olduğunda tereddüt edilmese gerektir.

30 — Kanaatimiz.

Biz, kanunî tipin sübjektif unsurları nazariyesini kabul etmemekteyiz. Kanunî tipte sübjektif unsurların mevcudiyeini inkâr etmemekte olmamıza (n. 28) rağmen bu nazariyeyi kabul etmeyişimizi şöylece izah edebiliriz:

Kanunî tipin sübjektif unsurları nazariyesi, kanunî tipin kusurluluktan ibaret sübjektif unsuru ihtiva ettiği esasından hareket eder ve kusurluluk dışında kalan ruhî ve bu itibarla sübjektif olan bazı unsurların maddî unsurlara taallûk ettiğini ifade etmek ister. Biz kanunî tipte suçun bütün unsurlarının mevcudiyetini kabul ettiğimiz için, sübjektif bazı unsurların da kanunî tipte yer alabilmesini isbat zaruretiyle ortaya atılmış olan bu nazariyeyi lüzumsuz bulmaktayız. Bu nazariyenin bizce iki faydası olmuştur. Birinci faydası, her suçun kusuru da ihtiva etmesi lüzumunu belirten unsurunun sübjektif diye tavsif edilmesinin mahzurlu olduğunu belirtmesidir. Bizce bu unsura, kusurluluk adı vermek daha doğrudur. Filhakika kusurluluk unsuru, görüldüğü gibi, sübjektif unsurların bir çeşidinden ibarettir. Sübjektif unsur cinstir, geniştir. Kusurluluk nevidir, dardır. Nev'i ifade eden tâbirin, cinsi ifade eden tâbirden farklı olması gerektir.

Bu nazariyenin ikinci faydası da, kusur dışındaki sübjektif durumların umumî maddî unsur bahsinde tetkiki lüzumunu belirtmesidir. Filhakika şimdiye kadar umumî maddî unsur bahsinde sadece hareket, netice ve sebebiyet alâkası ele alınır, bunların çeşitleri mütalâa olunurdu. Zaman, mekân ve vasıta gibi maddî unsurlara taallûk ettiğinde şüphe edilmiyen unsurların umumî maddî unsurlar bahsinde sistemleştirilmesi zarureti bugün nasıl anlaşılmış ise, kanunî tipin sübjektif unsurları nazariyesi sayesinde de, hususî kasıt gibi kasdın bir şekli olarak kusur mefhumuna sokulamıyacak olan sübjektif unsurların da sırf maddî unsurlarla birlikte maddî unsurlar bahsinde sistemleştirilerek tetkik edilmesi lâzım geldiğini anlamış bulunuyoruz. Filhakika maddî unsurun mânalandırılması için sübjektif unsurların ehemmiyeti inkâr edilemez. Bazı suçlarda kasıttan

[69] RANIERI: *Diritto penale,* 95.

başka, sübjektif faaliyet veya durumların da derpiş edildiği bir hakikattir. Maddî hareketler ayni olmakla beraber failin kasdındaki fark sebebiyle farklı suçların meydana geleceğini söylerken Carrara [70]'nın, faili suç işlemeğe sevkeden sebebin yani menfaatin kurucu unsur olarak nazara alınmasından bahsederken Carnelutti [71]'nin ifade etmek istediği de budur.

Beling gibi, kanunî tipe uygunluktan başkaca maddî unsur kabul edilmezse, bu nazariye, mahzurlu sayılmaz. Çünkü neticede hukuka aykırılığın veya kanunî tipin sübjektif unsurları maddî unsura taallûk etmekte, onun bir bahsi olmaktadır. Fakat tipiklik ile maddî unsur ayrı ayrı kabul edilince sübjektif unsurları birincisine bağlamak, ve tipe uygunluk veya hukuka aykırılık bahsinde ele alıp, maddî unsurlardan ayırmak, bunların maddî unsurlara taallûk ettiği söylendiğine göre, tenakuza düşmek olur.

Biz, tipikliği, suçun tipinin kanunda tâyin edilmesi mânasında alıyor ve tipte her unsurun dahil bulunduğunu kabul ediyoruz (n. 28). Bu itibarla bazı belli suçlarda mevcut hususiyetlerin de alâkalı umumî unsur bahsinde umumî olarak ele alınması ve sistemleştirilmesi lâzım geleceği kanaatindeyiz. Maddî unsurlara taallûk eden sübjektif unsurların maddî unsurlar bahsinde ele alınmasında olduğu gibi, bazı suçlarda hukuka aykırılığın ayrıca tasrih edilmesi de, bu kabil hususî unsurların «hukuka hususî aykırılık» şeklinde hukuka aykırılık umumî unsuru bahsinde tetkikine mani olmıyacaktır. Keza, cezalandırılabilmenin bazı suçlarda çeşitli şartlara bağlı tutulması da bu şartların hususî suçlar kısmında mütalâa olunmasını gerektirmiyecek, bilâkis, bunların şarta bağlı cezalandırılabilme adı altında sistemli bir şekilde cezalandırılabilme unsuru tetkik ounurken ele alınmaları icap edecektir.

Mevzuumuz, maddî unsurlara taallûk etmediği için, kanunî tipin sübjektif unsurları diye adlandırılan unsurlarla meşgul olmıyacağız. Fakat hukuka aykırılık ve cezalandırılabilme unsurları bahsinde bunların hususî şekillerini ve şartlarını da umumî olarak mütalâa eyliyeceğiz.

31 — Kanunî tipin normatif unsurları nazariyesi.

Kanunî tipte kusurluluk unsurunun bulunmadığını iddia eden cezacılardan bazıları da kanunî tipin normatif unsurlarından bahsetmişlerdir.

[70] CARRARA : *Programma,* § 151.

[71] CARNELUTTI : *Teoria,* s. 139.

Meselâ Mezger'e göre [72], kanunî tipte üç çeşit unsur vardır. Bunlar da objektif, sübjektif ve normatif unsurlardır. Objektif ve sübjektif unsurlar kanunî tipin kurucu kısmını teşkil ederler. Bunlar kanun koyucu tarafından fizik veya ruhî fiiller olarak tarif ve tasvir edilmişlerdir. Hâkim, bunların sadece mevcudiyetini tesbit edecektir. Kanunî tipin normatif unsurları ise, fiilî şartların *(Circostanze di fatto)* değerlendirilmesine taallûk eder. Değer hükmünü *(giudizio di valore)* sübjektif ve gayrı muayyen olması gibi sebeplerle tehlikeli bulan ve kabul etmiyen Mezger, kanunî tipteki hareketin tayini bakımından değer hükmü verilmesi zarurî olduğu zaman, değerlendirme cesaretini de zarurî görmektedir.

Mezger'e göre kanunî tipin normatif unsurları çeşitler arzeder. Bunların en mühimleri arasında «değeri bildirici unsurlar» (elementi conoscitivi di valutazione), «hislerle idrak hükmü unsurları» (elementi giudiziari di percezione sensibile), «hukukî değerlendirme unsurları» (elementi di valutazione giuridica), «kültür bakımından değerlendirme unsurları» (elementi di valutazione culturale) vardır. Birinciler, ya ileri sürülen bir hususun hakikate uyduğu veya uymadığı hakkında hüküm vermeğe yarayan unsurlardır, yalan yeminde, iftirada olduğu gibi, yahut bir hareketin veya vasıtanın tehlikeli olduğunu belirten unsurlardır, demiryolu kazası tehlikesine sebebiyet vermekte, müessir fiilin silâh veya aşındırıcı ecza ile işlenmesinde olduğu gibi, hislerle idrak hükmü unsurları da, hakaret, yalan yere yemin gibi ifade suçlarında mevcuttur. Hırsızlıkta malın başkasına aidiyeti, ırza geçmede failin meselâ vasi olması hukukî değerlendirme unsurlarındandır. Meselâ hakarette namus ve haysiyete dokunulması, aile efradına fena muamele suçunda fena muamelede bulunulması da kültür bakımından değerlendirme unsurlarına misal olarak gösterilmektedir.

Grispigni'nin normatif unsur telâkkisi farklıdır. Bu müellifin fikirlerini şöyle hülâsa edebiliriz [73]: Hususî kanunî tiplerin büyük bir ekseriyeti tamamen tasvirî (descrittivo) mefhumlardır. Bir diğer söyleyişle insanlar; fiiller, münasebetler gibi realiteleri objektif olarak tasavvur ederler. Bunların mevcudiyetini tesbit hususunda hâkim sadece bilgi edinecektir, değer hükmü vermiyecektir. Bazı kanunî tiplerde fazla olarak normatif mefhumlar (concetti normativi) ve değer hükümleri (giudizi di valore) vardır. Hâkim, bunların sadece mevcudiyetini öğrenmekle iktifa edemez. Fazla olarak onları değerlendirmekle de mükelleftir. Bu değer-

[72] MEZGER: *Diritto penale,* 209, 211.

[73] GRISPIGNI: *Diritto penale,* c. II, s. 131.

lendirme, hâkimin sübjektif görüşüne göre değil, objektif kıstasa göre yapılacaktır.

Grispigni, normatif mefhumlara yahut değer hükümlerine misal olmak üzere bazı suçlarda (haksız olarak), (keyfî olarak), (vazifeyi suiistimal ederek), (haklı sebep olmaksızın) gibi tâbirler kullanılmasını veya bazı suçların mevcudiyeti için (söz veya fiillerin müstehcen olmasını), (ifşa edilen sırrın gizli kalması gerekmesini) göstermektedir.

Kanunî tipi sadece objektif unsura inhisar ettirmiyen Ranieri dahi, kanunî tipin unsurlarını sayarken «fiilin tasvirini tamamlıyan unsurlar» arasında normatif unsurlara da yer vermekte, fakat sadece adını koyup bir iki misal vermekle iktifa etmektedir [74].

İlâve etmek lâzımdır ki, sadece bazı unsurların normatif olduğunu kabul etmiyenler de vardır. Radbruch, Wolf, Schmit gibi cezacılar, kanunî tipin her unsurunun hem tasvirî hem normatif olduğunu ileri sürmüşlerdir [75].

32 — Kanaatimiz.

Biz, kanunî tipin muhtevasını suçun bütün unsurlarını ihtiva edecek şekilde tesbit ettiğimiz için (n. 28), kanunî tipi objektif unsurlara inhisar ettiren ve bu objektif unsurlardan bazılarının sübjektif veya objektif olmasına mukabil, bazılarının normatif olduğunu ileri süren bu nazariyeyi kabul etmiyoruz.

Suçun bütün unsurları arasında bazılarının tasvirî, bazılarının normatif olduğu telâkkisine dayanan bir normatif unsurlar nazariyesinin tetkik ve münakaşası ise mevzuumuz dışındadır. Bu tefrik daha ziyade kusurluluk unsurunun şümulünü tâyinde bahis mevzuu edilmektedir.

Kanaatimizce normatif diye tavsif edilen unsurlar, ya maddî unsurlardandır, ya kusurluluğa dahildir, yahut da, Grispigni'nin misallerinin çoğunda olduğu gibi, hukuka aykırılık unsurunu alâkadar eder, herhalde suçun kurucu, esaslı unsurlarındandır. Bu itibarla bu unsurlar ayrı ayrı mütalâa olunurken, objektif bakımdan mevcudiyetle iktifa olunup olunmıyacağı, bir diğer söyleyişle hâkimin vereceği değer hükmünü failin önceden derpiş edebilmesi, yâni bu unsurun mevcudiyetini bilmesi gerekip gerekmiyeceği ayrıca tetkik edilmelidir. Mevzuu suçun kanunî unsurları olan bu kitapta, bu yolda hareket edilecektir.

---

[74] RANIERI: *Diritto penale*, s. 99.

[75] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 19, 131, not 15.

3. §

TİPİKLİĞİN ŞÜMULÜ

33 — Tipikliğin suçlara münhasır olmadığı telâkkisi, 34 — Tipikliğin suçlara münhasır olduğu telâkkisi, 35 — Kanaatimiz.

33 — Tipikliğin suçlara münhasır olmadığı telâkkisi.

Tipikliğin veya bazılarının ifadesiyle kanunî tipe uygunluğun suçlara münhasır olup olmadığı meselesi nadiren de olsa, doktrinde münakaşa mevzuu olmuştur.

Bazılarına göre kanunî tipe uygunluk suçlara münhasır değildir. Meselâ Grispigni şöyle demektedir [76]: Yalnız suçlar değil, hattâ yalnız ceza dışı hukuka aykırılıklar değil, her hukukî fiil ve muamele kanunî tipe uygunluk şartını haiz olmalıdır. Suç tiplerinin diğerlerine nazaran daha sarih, daha dikkatli bir şekilde tarif edildiği inkâr olunamaz, fakat bundan, bu şartın yalnız suçlara münhasır olduğu neticesi çıkarılmamalıdır. Eğer kanunî tipe uygunluk suça münhasır olsaydı, suçu tarif için, sadece bu unsurunu ifade etmek kâfi gelirdi. Suç umumî nazariyesinde sadece (kanunî tipe uygunluk) tan değil, (cezaî bir normun tasvir ettiği kanunî tipe uygunluk) tan bahsolunmalıdır. Zira, suçun diğer hukukî fiillere nazaran hususiyeti, cezaî normda tarif ve tasvir edilmiş olmasıdır. Ceza hukuku geliştikçe, kanunî suç tiplerinin tesbitinde vuzuh ve sarahat artmaktadır. Buna rağmen, bugün dahi, bir çok suçlarda maddî unsurun bir tek kelime ile ifade edildiğine rastlamak mümkündür. Bu hallerde kanun koyucunun, bu kelimelerin konuşma dilindeki mânalarına atıf yaptığını kabul etmek icap eder.

Carnelutti de hususî hukuktaki şekil mefhumunu ceza hukukuna nakletmek suretiyle tipikliğin şeklîlik olduğunu söylemiş, bu itibarla suçlara münhasır olmadığı fikrini benimsemiştir. Bu müellife göre [77], hukuk umumî nazariyesinde şeklin bir mecburî veya tipik (forma vincolato o tipica), diğeri serbest (forma libera) iki çeşitidi vardır. Suçlar daima mecburî şekle tâbidir [78], Medenî hukuka aykırılık daima serbest şekildedir. Akidler ise serbest şekilde de olabilir.

---

[76] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 129.

[77] CARNELUTTI: *Lezioni*, s. 133.

[78] İlâve edelim ki, müellif, *Lezioni*'den on sene önce neşrettiği *Teoria generale del reato* adlı eserinde (s. 296), suçların da serbest şekilli olabileceğini kabul etmişti.

34 — Tipikliğin suçlara münhasır olduğu telâkkisi.

Bazı müellifler ve bu arada Ranieri [78] de, kanunî tipe uygunluğun suça munhasır bulunduğunu iddia ederler. Bunların görüşlerini şöylece hülâsa etmek kabildir; Ceza normlarının bir hüküm ve bir müeyyide kısmı vardır. Hüküm kısmının vazifesi, ceza tehdidi altında yasak edilen veya emrolunan fiilleri tasvir etmektir. Bu tasvir vazifesi bakımından diğer hukuk normlarından farkı yoktur. Hiç bir fiil, hukukî bir norm tarafından derpiş edilmedikçe, hukukî diye tavsif edilemez. Fakat ceza normları, tipik olmıyan suç mevcut olmamak üzere, her cezalandırılan fiilin tâbi olduğu şekli tasrih etmeleri bakımından diğer normlardan ayrılırlar. Hülâsa, her suç muhakkak tipiktir, suçtan başka hukukî fiiller ise tipik olabilirler.

35 — Kanaatimiz.

Tipikliğin suça münhasır olup olmadığı meselesinin kanaatimizce suç nazariyesi bakımından büyük bir ehemmiyeti yoktur. Olsa olsa cezaî hukuka aykırılık ile ceza dışı hukuka aykırılık, yâni suç ve medenî idarî vesair haksız fiiller arasında fark olup olmadığının tesbiti bakımından bu mesele ele alınabilir ve eğer tipikliğin suça inhisar ettiği neticesine varılırsa, bu iki çeşit müessese arasında, o da şeklî olmak üzere, bir fark bulunduğu söylenebilir. Bizi asıl alâkadar eden bu iki müessese arasında mahiyet farkı olup olmadığıdır ve bu mesele ile de ilerde (n. 72 - 77) uzun uzadıya meşgul olacağız.

Tipiklik bahsinde mühim olan, bizce diğer hukukî fiillerin tiplerinin mevcut olup olmaması değil, suçların tiplerinin kanunda tesbit edilmiş olmasıdır.

4. §

TİPİKLİĞİN MEVCUDİYETİ

---

[79] RANIERI : *Diritto penale,* 91.

36 — Tipikliğin mevcudiyeti meselesi.

Tipiklik bir unsur olunca, bu unsurun mevcudiyetinin de suçun teşekkülü için lüzumu kendiliğinden meydana çıkar. Fakat bu mevcudiyetin de objektif ve sübjektif bakımlardan mütalâası mümkündür ve bu sebeple şu mesele karşımıza çıkar: Bu mevcudiyet objektif olarak mı, sübjektif olarak mı aranacaktır? Bir diğer söyleyişle failin kanunî tipe uygun hareket ettiğini sanması kâfi midir? Yoksa objektif olarak mevcut olan kanunî tipe uygunluk mu lâzımdır?

Bu mesele doktrinde umumiyetle mânevî unsur bahsinde ele alınmaktadır. Hâkim, Türk doktrininin tuttuğu yol da budur [80]. Yalnız Prof. Erem, hukukî hata mefhumunun Ceza Kanununun tatbikatı ile ilgili bir konu teşkil ettiğini söylemekte ve eserinde kanun sırasını takip etmesine rağmen, bu bahsi istisnaen Ceza Kanunu bölümünde tetkik eylemektedir [81].

Evvelce de gördüğümüz gibi (n. 32), biz ayrı bir normatif unsurlar grupunu kabul etmemekte, suçun her unsurunun mevcudiyeti bahsinde failin bu husustaki bilgisinin ayrıca tetkikini faydalı bulmaktayız. Kanaatimizce, unsurların sadece sübjektif bakımdan mevcudiyetinin, o unsurların tahakkuk etmiş sayılması için kâfi gelip gelmiyeceği meselesi her unsurda ayrıca nazara alınmalıdır. Bu suretle tetkik ediş, zarurî olarak müşahhas fiilin ele alınmasını da gerektirmez. Hukukî müessese - suçun mücerret unsurlarının mevcudiyeti sübjektif ve objektif bakımlardan yine mücerret olarak mütalâa edilmektedir.

Bizce mânevî unsur da denilen kusurluluk unsuru, objektif olarak tahakkuku zarurî olan maddî unsurlar ile fail arasındaki ruhî münasebettir, diğer unsurların failin kafasındaki mevcudiyetinin kâfi sayılıp sayılmamasiyle alâkalı değildir. Ceza Kanununu bilmemek meselesi, tipi tesbit eden ceza normunu bilmemek demek olduğuna göre, suçun tipiklik unsurunun sübjektif bakımdan mevcut olmaması demektir. Bu itibarla, hukukî hatanın suç nazariyesinde, tipiklik unsuru bahsinde tetkiki lâzım geleceği düşüncesindeyiz.

Tipiklik unsurunun sübjektif ve objektif bakımlardan mevcudiyeti meselesinde üç ihtimal varid olabilir:

---

[80] BENGÜ (Cemil) : *Ceza Hukukunda Hata*, 1948, s. 37; ERMAN (Sahir) : *Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1943, II-III, 509, 524; KANTAR : *Ceza Hukuku*, s. 110; TANER : *Ceza Hukuku*, s. 387.

[81] EREM : *Türk Ceza Hukuku*, s. 25.

1) Ya tipiklik hem objektif, hem de sübjektif bakımdan mevcuttur. Yâni hem ceza normu vardır. Hem de fail bunu bilmektedir.

2) Ya tipiklik yalnız sübjektif bakımdan mevcuttur. Yâni ceza normu yoktur, fakat fail var farzetmektedir.

3) Yahut da tipiklik yalnız objektif bakımdan mevcuttur. Yâni ceza normu vardır, fakat fail bilmemektedir.

Birinci ihtimalde halli gereken bir mesele yoktur. Tipiklik unsurunun tahakkuk ettiğinde tereddüt edilmemektedir. Bu itibarla, biz, sadece geri kalan iki ihtimal üzerinde duracağız.

37 — Tipikliğin yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti.

Tipikliğin yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti, failin aksine inanışına rağmen, kanunda belli bir tipin mevcut olmayışı demektir, bir diğer söyleyişle fiil, kanun koyucunun derpiş etmediği bir fiildir. Bu takdirde, fiilin objektif bakımdan tipik olmadığı âşikârdır.

Tipikliğin yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti, bu unsurun tahakkuk etmiş olması için kâfi sayılacak mıdır? Doktrinde bu duruma mefruz suç (délit putatif, reato putativo) adı verilmektedir [82].

Muhayyel suç da diyebileceğimiz mefruz suçun cezalandırılmamasında hemen hemen ittifak vardır. Bu demektir ki, tipikliğin yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti kâfi görülmemekte, bir unsuru eksik olduğu için de suç teşekkül etmemektedir.

Suçların kanunîliği prensipini kabul edenler, kanunda suç olarak gösterilmemiş bir fiili işliyeni cezalandırmayı kabul etmezler. Hattâ sübjektif

[82] Mefruz suç tâbiri çok ihtilâflıdır. Bu tâbirle başka vaziyetleri de ifade edenler vardır. Mevzuumuz haricinde olduğu için bu mesele ile meşgul olmıyacağız. Fakat şunu söylemeliyiz ki, failin suç sanarak suç olmıyan bir fiili işlemesi hemen herkes tarafından mefruz suç addolunmaktadır. Biz, mefruz suç tâbirinin yalnız bu hali ifade etmesine taraftar bulunmaktayız. Müteaddit vaziyetlerin aynı tâbirle ifade edilmesi, karışıklıklara, yanlış anlamalara sebep olmaktadır. Doktrin münakaşalarının büyük bir kısmının sebebini, aynı tâbire çeşitli mânalar vermekte aramak lâzım geldiğine kaniiz. İlâve etmek lâzımdır ki, suç olmıyan fiilin suç sanılması iki şekilde olabilir. Ya kanunî tip olmadığı için fiil suç değildir, yahut tip olmakla beraber hukuka aykırılık unsuru olmadığından fiil suç sayılmamaktadır. Biz burada, mefruz suçun birinci şekli karşısında bulunmaktayız. İkinci şekli ilerde mütalâa edeceğiz (n. 93).

görüşü, objektif görüşün üstünde tutan, suçlunun tehlikeli şahsiyetini esas alan pozitivistler [83] dahi, muhayyel suç mânasına gelen mefruz suçun cezalandırılmasını doğru bulmazlar ve bunun sebebini, işlenen fiilin kanun tarafından suç sayılacak yâni failine ceza vermeyi gerektirecek kadar ehemmiyetli görülmemiş olmasıyle izah ederler.

Mefruz suç hakkında kanunlarda umumiyetle bir hükme rastlanmamaktadır. Fakat 1930 tarihli İtalyan Kanunu bu hali ayrıca nazara almış ve suç teşkil ettiği zehabiyle suç teşkil etmiyen bir fiili işliyen kimsenin cezalandırılmıyacağını ve hattâ hakkında emniyet tedbirleri dahi tatbik edilemiyeceğini tasrih etmiştir (m. 49).

Mefruz suçun müstakil bir suç olarak cezalandırılmasını istiyene de rastlamaktayız. Müfrit sübjektivist Gramatica, eğer aldanmıyorsak, mefruz suçun cezalandırılmasını istiyen yegâne cezacıdır. Bu müellife göre [84], fail, suçlu iradesine yabancı sebepler yüzünden, hâkimin elinden kurtulmaktadır. Cezayı tayin eden ne neticedir, ne menfaatler ihtilâfıdır. Cezayı tâyin eden fertlerin hareketindeki gayri kanunîlik ve gayri içtimaîliktir. Mefruz suçta ise sübjektif gayrı içtimailik ve gayrı kanunîlik barizdir.

38 — Tipikliğin yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti.

Tipikliğin yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti demek, sübjektif bakımdan mevcut olmaması, bir diğer söyleyişle, failin Ceza Kanununu bilmemesi demektir. Bu mesele doktrinde hukukî hata diye adlandırılmaktadır. Evvelce de işaret ettiğimiz gibi (n. 36), bu mesele umumiyetle kusurluluk bahsinde ele alınmakta, hukuka aykırılık ile tipikliği tefrik etmiyen hâkim Alman doktrininde hukuka aykırılığı bilmek veya bilmemek meselesi olarak kusurluluk bahsine ithal edilmektedir [85].

Keza hata da umumiyetle ikiye ayrılmakta ve bir şey hakkında hiç fikir sahibi olmamak (bilmemek) ile yanlış bilgi sahibi olmak (yanılmak) tefrik edilmektedir. Hukukî neticeleri ayni olması sebebiyle, biz bu tefrikin ancak hatanın mahiyetini daha iyi öğretmek gibi tedrisî bir faydası olabileceğine kaniiz.

Tipin objektif mevcudiyetini bilmeden o tipe uygun bir fiili işliyen kimsenin suç işlemiş sayılıp sayılmaması hakkında çarpışan iki zıt fikir

---

[83] FERRI: *Principii*, 546; FLORIAN: *Trattato*, c. I; s. 632; ALTAVILLA: *Lineamenti*, 242.

[84] GRAMATICA: *Principî*, 431.

[85] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 196.

vardır ve mesele bu iki zıt fikirden birini kayıtsız şartsız kabul etmek veya ikisini mezcetmek suretiyle halledilmektedir.

39 — Tipikliğin yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmesi.

Ceza Kanununu, daha açık bir tâbirle suç tipini tesbit eden ceza normunu bilmemenin neticesini tayin hususunda çarpışan fikirlerden birincisine göre, içtimaî müdafaayı temin eden Ceza Kanunu kayıtsız şartsız tatbik edilmelidir. Cemiyetin tekâmülünü korumak üzere konulan kanunların tatbikini, fertlerin bilip bilmemesine bırakmak, kanunu, Carrara-nın tâbiriyle [86], şarta bağlı kılmak olur ki, kabul edilemez.

Bu fikir umumiyetle benimsenmiş ve *leges ignorare non licet* kaidesi hemen her yerde tatbik edilegelmiştir. Ceza Kanunumuzun «kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» şeklindeki 44 üncü maddesi de bu kaidenin bir tatbikinden başka bir şey değildir. Yeni İtalyan kanunu da, 1889 kanunundaki hükmü, aşağı yukarı aynen, fakat eskiden olduğu gibi cezaî ehliyete tesir eden sebepler arasında değil, Ceza Kanununun nasıl tatbik edileceğini gösteren birinci faslında tekrar etmiştir (m. 5).

Ceza Kanununu bilmemeyi kusur bahsinde ele alanlardan aralarında v. Liszt [87] de bulunan psikolojik kusur nazariyesi taraftarları da failin kanun hükümlerini daima bildiği yahut bilmesi lâzım geldiği esasından hareket etmekte ve bu itibarla Ceza Kanununu bilmemeyi mazur saymamaktadırlar [88].

Ceza Kanununu bilmemenin suçun teşekkülü için ehemmiyetli olmaması çeşitli şekillerde izah olunmuştur:

a) Bazılarına göre, herkesin Ceza Kanununu bildiği hakkında bir karine vardır. Bu itibarla aksi isbat edilebilir. Yalnız bu isbat keyfiyeti, ancak bazı hallerde kabul olunabilir [89].

b) Bazılarına göre, herkesin Ceza Kanununu bildiği, hilâfı isbat olunamıyan bir faraziyedir [90].

c) Bazılarına göre neticenin suç olup olmadığının bilinmesine zaten

---

[86] CARRARA: *Della ignoranza come scusa.* Opuscoli, VII, 389.

[87] V. LISZT: *Traité*, s. 266.

[88] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 196.

[89] HAUS: *Principes généraux*, n. 705, s. 539.

[90] PRINS: *Science pénale*; n. 438, s. 266; TANER: *Ceza Hukuku*, s. 387.

lüzum yoktur. Çünkü bu bir saiktan başka bir şey değildir, saik ise kaideten nazara alınmaz [91].

d) Bazılarına göre, herkesin kanunu bilmesi bir vazifedir. Herkes, yerli ve yabancı, asgarî içtimaî disiplin vazifesi olarak Ceza Kanunlarını öğrenmek mecburiyetindedir. Öğrenmezse, neticesine katlanır [92].

d) Bazılarına göre, herkesin kanunu bilmesi, tamamen içtimaî müdafaa zaruretleriyle kabul edilmiştir [93].

40 — Tipikliğin yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmemesi.

Ceza Kanununu bilmemenin neticesini tayin hususunda çarpışan ikinci fikre göre de, suç olduğunu bilmeden, tamamen hüsnü niyetle hareket eden bir kimsenin suçlu sayılmasına imkân yoktur. Hakikî suçlu, kakikî tehlikeli şahıs, suçu bilerek işliyen kimsedir.

Tipikliğin yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmemesi fikri, Alman doktrininde ve İsviçrede hayli taraftarlar bulmuştur. Alman doktrininde büyük bir ekseriyet, kasdın mevcudiyeti için, hukuka aykırılığın yahut vazifeye aykırılığın bilinmesini aramaktadır. Kanunî hatanın kusurluluğu kasdi suçlarda tamamen kaldırdığını, taksirli suçlarda ise kaldırabildiğini söyliyen Binding [94] ve muakkibleri birinci grupa, Liepmann, Finger, Graf zu Dohna ikinci grupa girmektedirler [95]. İsviçrede Binding'in muakkibleri arasında bilhassa Hafter [96]'i saymak lâzımdır. Türk doktrininde de Dr. Bengü hukukî hatanın, kasıt ve taksirin teşekkülüne mani olduğu fikrindedir [97].

---

[91] MIRTO: *L'errore nel diritto penale.* Rivista di diritto penitenziario, 1933, s. 664; ERMAN: *Ceza Hukukunda hukukî bilmeme ve yanılma;* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, II+III; s. 509.

[92] CARRARA: *Programma,* § 258; MANZINI: *Trattato,* c. II, s. 17; FERRI: *Principi,* s. 459; EREM: *Türk Ceza Hukuku,* s. 26.

[93] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO: *Commento,* c. I, s. 85; KANTAR: *Ceza Hukuku,* s. 111.

[94] BINDING: *Die Schuld im deutschen Strafrecht,* 38, 70 (Logoz'dan naklen: *Commentaire,* s. 77).

[95] V. HIPPEL: *Manuale,* s. 197.

[96] HAFTER: *Allgemeiner Teil,* 1926, § 36 VI (Logoz'dan naklen: *Commentaire,* s. 77).

[97] BENGÜ: *Ceza Hukukunda Hata,* 1948, s. 39.

41 — Tipikliğin yalnız objektif mevcudiyetinin bazı istisnalarla kâfi görülmesi.

Ceza kanunlarını bilmemeyi, bazı hallerde, ceza verilmesine mani bir sebep olarak sayma fikri pek yeni değildir. Roma hukuku, tecrübesizlik ve şehirlerden uzakta yaşamak sebebiyle kanunu bilmeme halinde, cezaî mesuliyeti kabul etmiyordu [98]. Kilise hukuku da, kendisine kabili isnat ve ağır bir ihmalden ileri gelmedikçe, kanunu bilmemeyi kabul etmektedir [99]. Keza İslâm hukuku da, bazı cehilleri özre salih addeylemektedir [100].

Ceza Kanununu bilmemenin neticesini tayin hususunda çarpışan iki zıt fikri telife çalışanlar, Ceza Kanununu bilmemenin ehemmiyeti olmamasını istisnaya imkân verecek şekilde izah ettikten, yâni kapıyı aralık bıraktıktan sonra, bu istisnaları çeşitli yollarla ileri sürmüşlerdir.

a) Bazıları istisnaları adalet esasına dayatmışlardır. Meselâ Vidal ve Magnol'a göre [101], tabiî suçlar ile kanunî suçlar tefrik edilmelidir. Tabiî suçları herkes bilir. Bunları bilmiyordum iddiası mazeret sayılmaz. Fakat kanunî suçlar böyle değildir. Umumî vicdanın suç saymadığı bir fiil, ceza siyaseti mülâhazalarıyle suç addedilmiştir. Bunları bilmemek mümkündür. Bilmiyenlere ceza vermemek adalete daha uygundur. Mahallî suçlar için bir istisna kabul edilmesini [102] veya yerli ve yabancı arasında fark gözetilmesini istiyenleri de [103] bu grupta saymak mümkündür. Zaten Carrara da memlekete yeni gelen yabancının bu mazeretini makbul tutmak için iki şart aramaktadır. Bunlar da bu fiillerin ahlâka aykırı olmaması ve yabancının vatanında suç sayılmamış bulunmasıdır [104].

b) Bazıları da istisnaları vazife ve mükellefiyetin imkânla mukayyet olduğu esasına dayatmışlardır.

Meselâ Ferri [105] ve Manzini [106]'ye göre kanunu bilmek her-

---

[98] FERRI: *Principi*, s. 460.

[99] SCHIAPPOLI: *Diritto penale ecclesiastico*. Enciclopedia del diritto penale italiano, 1905, c. I, s. 698.

[100] ERMAN: *s.g.e.*, s. 516.

[101] VIDAL ve MAGNOL: *Cours*, s. 302.

[102] ORTOLAN: *Eléments*, c. I, n. 388, s. 162.

[103] DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, s. 87.

[104] CARRARA: *Programma*, c. I, § 259.

[105] FERRI: *Principi*, s. 460.

[106] MANZINI: *Trattato*; c. II, s. 19, 21.

kesin vazifesidir. Fakat bir vazifeden bahsolunmak için o vazifenin yapılmasına imkân olmak lâzımdır. Mutlak imkânsızlık halleri, mücbir sebepler vazifenin yerine getirilmesine mani olmuşsa, kanunu bilmek vazifesinden de bahsolunamaz. Kanunun neşri sırasında büyük bir felâket, uzun süren vahim bir hastalık, uzun müddet yabancı memlekette kalış, memleketin bir kısmının düşman istilâsı altında kalması, meriyet tarihinden sonra kanunun neşredilmiş bulunması hallerinde olduğu gibi.

c) Bazıları da istisnaları kusurun olmamasiyle izah etmişlerdir. Aralarında bilhassa Frank, Merkel ve M. A. Mayer bulunan, normatif kusur nazariyesi taraftarları da Ceza Kanununu bilme imkânına bakmakta ve imkân olmayınca kusuru kabul etmemektedirler [107]. Goldschmidt bunu, şöyle izah etmektedir [108]: Belli bir hareket tarzını tayin eden hukuk normlarının yanında bir de vazife normları vardır. Kusurluluğun bu itibarla iki esası vardır. Birincisi isnadiyet (imputabilità), ikincisi muacceliyet (esigibilità) dir. Kusurluluk böylece, biri hukuk normlarının, diğeri vazife normlarının ihlâlinden ibaret iki unsurdan teşekkül etmektedir. Muacceliyet olması lâzım gelen bir şey *(Sollen)* dir. Bu ise, zarurî olarak, bir iktidâr *(können)* ın mevcudiyetini gerektirir. İktidar mevcut değilse, kusur da olmaz.

Kusur bakımından bu ikili tasnife mukabil, üçlü tasnif ileri sürenler ve taksir halini derpiş edenler de vardır. Meselâ von Hippel, her hâdisede, kasıtla, taksirle veya kusursuz olarak kanuna aykırı hareket edilmesine göre farklı neticeler teklif etmektedir: Kasıt varsa ceza tam olacak, kusur yoksa hiç ceza verilmiyecek, taksir varsa ceza azaltılarak tatbik olunacaktır. Bu sonuncu halde, cürmî kasıt ile hukuka aykırılığın taksiri bir arada bulunabilecektir [109].

İzah şekli ne olursa olsun, Ceza Kanunlarını bilmemeyi, bazı hallerde ceza verilmesine mani bir sebep olarak sayma fikri bilhassa son zamanlarda mevzuata da girmiş bulunmaktadır. Kanunların meriyetine dair 5/11/1870 tarihli Fransız kararnamesi, neşrinden itibaren üç gün içinde işlenen kabahatlerde «kanunu bilmiyordum» iddiasını kabule müsaade etmiştir. Avusturya (m. 233), Küba (m. 25) Ceza Kanunları da yabancılar hakkında istisnaî hükümler koymuşlardır. Von Hippel'in fikirleri 1913 - 1919 ve 1927 tarihli Alman projelerine girmiştir, Ferri de düşün-

---

[107] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 197.

[108] GOLDSCHMIDT: *Normativer Schuldbegriff*. Festgabe für Frank, 1930, I, s. 440 (Contieri'den naklen: *Lo stato di necessità*, 1939, s. 109).

[109] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 198.

celerine 1921 projesinde yer vermiştir. Yeni İsviçre Kanunu (m. 20) hâkime takdir hakkı tanımıştır. Kabahatlerden maada suçlarda, yani bize göre cürümlerde, onlara göre cünha ve cinayetlerde, failin haklı olarak hareket ettiğini sanması için kâfi sebepler varsa, hâkim cezayı serbestçe azaltabilir, hattâ hiç ceza vermiyebilir. Kolumbiya Ceza Kanunu da (m. 23), taksirli olmamak şartiyle hukukî hata halinde ceza verilmemesini kabul etmiştir.

İlâve edelim ki, Fransız [110] ve Alman [111] mahkemeleri kanunu bilmemek kaidesine istisna tanımağa pek taraftar değillerdir. Buna mukabil Türk mahkemeleri, kanunumuzdaki sarahate rağmen, bilhassa yabancılar hakkında müsamahalı davranmakta ve dolayısiyle normatif kusur nazariyesini benimsemektedirler. Filhakika, Yargıtayımız bir kararında, iktisadî mahiyette suçu, Türkçe bilmiyen bir yabancının bilememesinin kasdı kaldırdığını söylemiş [112], İstanbul Asliye Beşinci Ceza Mahkemesi de dolarını, salâhiyetli sandığı bir sarrafa bozduran yabancıyı keza kasdı olmadığı gerekçesiyle beraat ettirmiştir [113]. Keza İtalyan mahkemeleri de bazı bilmeme hallerini mazur saymışlardır. Meselâ İtalyan Yargıtayı fiilin hukuka uygunluğu hakkında emniyeti umumiye mercilerinden teminat aldıktan sonra bir kabahat işliyen kimseye ceza verilmesini doğru bulmamıştır [114].

42 — Kanaatimiz.

Tipikliğin yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti (n. 37), bu unsurun tahakkuku için kanaatimizce kâfi değildir. Mefruz suçta ne gayrı kanunîlik, ne de gayri içtimaîlik vardır. Eğer bir hareket, geniş mânada cezayı gerektirseydi, yahut dar mânada ceza ile birlikte veya onun yanı başında emniyet tekdiri tatbikini de icap ettirseydi, zaten kanunda derpiş edilmiş olurdu, yâni tipi bulunurdu. Suçun kanunîliği prensibini kabul ettikten sonra, tipikliğin sübjektif mevcudiyetini kâfi görmeğe mantıkan imkân yoktur.

Tipikliğin yalnız objektif bakımdan mevcudiyetine gelince, biz de kaide olarak objektif mevcudiyetin kâfi görülmesine, istisna olarak bazı hallerde sübjektif mevcudiyetin de aranmasına taraftarız. Fakat kanunu

---

[110] DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, s. 87.

[111] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 197; MEZGER: *Diritto penale*, s. 355.

[112] YtCGk: 10/10/1942, 128-138 (*Yargıtay kararları*, 1941-42, s. 165).

[113] İstanbul As15.CM: 12/12/1948, 562-497 (neşredilmemiştir).

[114] İtalyan Yt: 14/6/1935 (*Annali*, 1937, s. 372).

bilmemek mazeret sayılmaz kaidesinin mahiyetini ve esasını izahta mevcut telâkkilerden tamamen ayrılmaktayız.

Kanaatimizce, tipikliğin yalnız objektif mevcudiyetinin mutlak olarak kâfi görülmesi (n. 39) veya mutlak olarak kâfi görülmemesi (n. 40) fikirleri kabul edilemez. Çünkü her biri bir başka esasa istinat etmektedir ve bu esaslar arasında bir münasebet olmadığı için de birinin kakulü, diğerinin reddini icap ettirmemektedir. Bizce, tipikliğin objektif mevcudiyetinin kâfi sayılması, suçların kanunîliği prensibinin esasıyle izah edilebilir. Bu prensip ise, suç faillerinin bilip bilmemesiyle alâkalı değildir. Bir diğer söyleyişle, bu prensip suç faillerinin bilmesini temin için değil, fakat fertlerin keyfi surette cezalandırılmalarını önlemek gayesiyle kabul edilmiştir. Tipikliğin objektif mevcudiyetinin kâfi sayılmaması ise, cezaların şahsîleştirilmesi kaidesinin bir neticesinden başka bir şey değildir. Filhakika bazı kimselerin içtimaî bakımdan az tehlikeli oldukları veya hiç tehlikeli bulunmadıkları anlaşıldığı zaman cezalarının azaltılması veya çeşitli yollarla kaldırılması, bir kelime ile cezalandırılmaması yoluna gidildiği bir hakikattir. Tecil, adlî tevbih, kazaî af bu yolların en tanınmışlarındandır. Bunun gibi kanunu bilmemenin, failin tehlikeliğini kaldırdığı nisbette nazara alınması da kabul edilmelidir. Bazıları kanunu bilmemeyi, daha doğru bir tâbirle, tipikliği bilmemeyi mutlak olarak tehlikesizlik alâmeti saymakta ve kanunu bilmeyi kasdın bir unsuru saymak suretiyle bu kimseleri cezalandırmamak imkânını bulmaktadırlar. Bazıları da kanunu bilmemeyi sadece bazı hallerde tehlikesizlik alâmeti saymakta ve bu hallerin ya kanunlarda tesbit edilmesini veya hâkimin takdirine bırakılmasını istemektedirler.

Keyfî cezalandırmalara mani olmak için kabul edilmiş olan suçların kanunîliği prensibinin, suçluların bu husustaki bilgisiyle alâkası olmamasından çıkan mantıkî netice şudur ki, *tipikliğin sübjektif mevcudiyetinin hukukan ehemmiyeti yoktur. Tipiklik unsurunun tahakkuku için objektif mevcudiyet lâzım ve kâfidir.* Kaide budur. Kaide bu olunca da, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz prensibipinin esasını bu şekilde ifade etmek lâzımdır. Halbuki doktrinde ileri sürülmüş olan esaslar, umumiyetle, bu prensibe bir istisna mahiyetini vermektedir. Filhakika esas olarak ister karine, ister faraziye, kabul edilsin, ister içtimaî vazifeden, ister içtimaî müdafaa zaruretinden bahsedilsin, hepsinde müşterek hareket noktası şudur: Sübjektif mevcudiyet de lâzımdır. Fakat şu veya bu sebeple bundan vazgeçilmektedir. Bu vazgeçiş, yâni kanunu bilmemeyi mazeret saymama kaideyi değil, bilâkis kaidenin bir istisnasını teşkil etmektedir.

Kaldı ki, bu esasların pek çoğu teker teker de çürütülebilir. Bir kere, bir çoğu istisnaya imkân vermiyecek şekilde kesin kıstaslardır.

Diğer taraftan, karine ve faraziye esaslarını kabule mantıkan imkân yoktur. Ferri'nin pek haklı olarak dediği gibi [115], karine, malûmdan meçhulü çıkarmağa yarayan bir vasıtadır. Mevcut kanunların sayısı gözönüne getirilecek olursa, bunları bilmenin imkânsızlığı anlaşılır. İmkânsız bir şeyin karine sayılması da mümkün değildir. İmkânsız bir şeyin mümkün farzolunması da pek abes olur [116]. Vazife esasını kabul etmek de vazifenin imkânsız olduğu herhalde mazereti tanımak olur ki, bu da istisnaları haddinden fazla çoğaltmağa ve dolayısiyle içtimaî müdafaa esasını sarsmağa sebep olabilir. İçtimaî müdafaa zarureti esası da, kaidenin mutlak şekilde kabulü için ileri sürülebilecek bir esas değildir. Zira her zaman, her suçlu hakkında bu zaruretin mevcudiyeti iddia olunamaz.

Sübjektif mevcudiyetin lüzumundan hareket etmiyen, bilâkis onun ehemmiyetsiz olduğunu söyliyen yegâne esas, hukukî hatanın bir çeşit saik olması esasıdır. Fakat saik nazariyesi de bilmemenin niçin kasda dahil olmadığını izah yolunu tutması bakımından mânevî unsur sahası dahilinde kalmıştır. Bu görüş, kusurluluk unsuru ile tipiklik unsurunun bir tutulması neticesini doğurur. Kaldı ki, fail, suçun mevcudiyetini bilmiş olsaydı, suçu işlemekten vazgeçerdi, diye sarih bir hüküm verilemiyeceğine göre, her hukukî hatanın saik olduğu, yâni her failin suç olduğunu bilmediği için o fiili işlediği de söylenemez.

Tipikliğin objektif mevcudiyetinin kâfi görülmemesi, sübjektif mevcudiyetinin de daima aranması fikrine gelince, bu görüş, hiç olmazsa kaideyi izah bakımından mantıkî olmak meziyetini haizdir. Zira, bu fikir taraftarları, kanunu bilmemeyi mazeret saymakta, kaideyi istisna imiş gibi izah tenakuzuna düşmemektedirler. Fakat yukarıda arzettiğimiz veçhile, suçların kanuniliği prensipinin neticesi, tipikliğin sübjektif mevcudiyetinin hukukan ehemmiyeti olmamasıdır. Bu netice, tipikliğin objektif mevcudiyetinin her zaman lâzım olduğu fikrini kabul etmemize mani olmaktadır. Kaldı ki, bir taraftan, bu fikri tek başına kabul etmek, çok tehlikelidir. İçtimaî müdafaayı tamamen sarsacak mahiyettedir. Bizce bu fikrin faydası, bazı istisnalar kabulü suretiyle, Ceza Kanununun kayıtsız şartsız tatbiki kaidesinin yumuşatılmasına sebep olmuş olmasıdır. Diğer taraftan, tipikliği bilmenin kasdın bir unsurun olarak telâkkisi de kabul

---

[115] FERRI : *Prencipii*, s. 459.

[116] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO : *Commento*, c. I, s. 85; FERRI : *Principii*, s. 459.

edilemez. Bizce tipiklik unsuru ve onun mevcudiyeti başka şeydir, maddî unsurlar ile fail arasındaki ruhî alâkadan ibaret olan kusurluluk unsuru ve onun mevcudiyeti başka şeydir.

Suçların kanuniliği prensibinden, tipikliğin sübjektif mevcudiyetinin hukukan ehemmiyeti olmadığı kaidesini elde ettiğimiz gibi, cezaların şahsileştirilmesi prensibinden de bazı hallerde sübjektif mevcudiyetin lâzım olduğu istisnasını çıkarmaktayız. Bu itibarla, bu istisnaları izah maksadiyle ileri sürülmüş olan normatif kusur nazariyesine de lüzum kalmadığı kanaatindeyiz. İstisnaların tesbit tarzına gelince, bizce bu istisnalar, suçun hevine göre, yani objektif olarak değil, fakat suçlunun durumuna göre yani sübjektif olarak tayin edilmelidirler. Bu istisnaî halleri kanun koyucunun birer birer tesbit etmesi imkânsız sayılacak kadar güç olduğu için, bunların mevcudiyetini, İsviçre Kanununda olduğu gibi hâkimin takdirine bırakmanın çok yerinde olacağı kanaatindeyiz.

5. §

TİPİKLİĞE TESİR EDEN SEBEPLER

43 — Kanunî tipin yokluğu, 44 — Kanunî tipe kısmen uygun olmamak, 45 — Kanaatimiz.

43 — Kanunî tipin yokluğu.

Unsurlarından biri eksik olunca suç meydana gelmiyeceğine göre, tipiklik unsuru yoksa, suç da bahis mevzuu olamaz. Tipiklik unsuruna tesir etmek suretiyle suçun teşekkülüne mani oluş, doktrinde ayni şekilde izah edilmemiştir. Umumiyetle kabul olunduğu veçhile, tipikliğe tesir edip onu kaldıran bir tek sebep vardır. O da bir tipin bulunmayışı, bir tipi ihtiva eden cezaî normun yokluğudur. Bir diğer söyleyişle, fiil, kanun koyucunun suç olarak derpiş etmediği bir fiildir.

44 — Kanunî tipe kısmen uygun olmamak.

Bazı müellifler de, kanunî tipe kısmen uygun olmamayı, tipikliği ortadan kaldıran sebeplerden biri olarak göstermektedirler. Bu vaziyette tipi tesbit eden bir normun mevcudiyeti kabul olunmakta, fakat fiilin unsurlariyle kanunî tipin unsurları arasında tam bir uygunluk görülmemektedir. Kanunî tipe kısmen uygunluğu da, tipikliği ortadan kaldıran sebeplerden sayan Ranieri, şu misalleri vermektedir [117]:

---

[117] RANIERI: *Diritto penale,* 102.

1) Ya failde aranılan vasıf yoktur. Devlet aleyhine silâh kullanma suçu failinin vatandaş olmaması gibi.

2) Ya fiilin objektif unsuru yoktur. Meselâ hakaretâmiz sözlerin kimse tarafından işitilmemesi, hareket ile netice arasında sebebiyet alâkası bulunmaması gibi.

3) Ya fiilin, hukukî ehemmiyeti kaldırılmış da olsa, sübjektif unsuru yoktur.

4) Ya fiilin tasvirini tamamlıyan sair unsurlardan biri eksiktir. Meselâ hırsızlıkta çalınan eşya başkasına ait değildir.

Ranieri, doktrinde umumiyetle «ceza bakımından normal kanunîlik» diye adlandırılan bu hallerde, fiilin tipik olmadığı için kanunî olduğunda kimsenin şüphe etmediğini, fiilin kanuniliğinin, tipikliği olmamasından, kanunî tipe uymamasından ileri geldiğinden, bu halleri, kanunî tipe uymama hali diye tasnif etmenin daha doğru olacağını ilâve etmektedir.

45 — Kanaatimiz.

Bizce, suçun tipiklik unsurunu ortadan kaldıran bir sebep vardır, o da kanunda tipi tesbit eden bir ceza normu olmamasıdır, kısaca kanunî tipin yokluğudur.

Fiilin kanunî tipe kısmen uygun olmaması, kanaatimizce, tipikliğe tesir eden bir sebep olarak kabul edilemez. Zira, burada, fiil kelimesiyle müşahhas fiil kasdolunmaktadır. Suç umumî nazariyesinde ise müşahhas fiilin yeri yoktur (n. 1). Kaldı ki, tipiklik, müşahhas fiilin uyabileceği kanunî tipin mevcudiyeti mânasına da kabul edilse, müşahhas fiilin kanunda yazılı tipe kısmen uymaması, müşahhas fiile uygun bir tipin kanunda bulunmaması demektir ki, bu da kanunî tipin yokluğu diye anlattığımız tek sebebin değişik bir şekilde ifadesinden başka bir şey değildir.

Bizce, tipiklik, hukukî müessese - suçun bir unsuru olduğuna göre, bu unsuru kaldıran sebepler hukukî müessese - suça tesir eden sebepler olmalıdır. Böyle bir suçun da tipi ya tesbit edilmiştir, ya edilmemiştir, ikisinin arası olamaz.

İKİNCİ KISIM

HUKUKA AYKIRILIK

1. §

HUKUKA AYKIRILIĞIN UNSUR OLARAK KABULÜ

46 — Terminoloji.

Suçların tipiklikten ayrı olarak bir de (hukuka aykırılık) unsuru mevcut olduğunu izaha başlamadan önce, ıstılah üzerinde biraz durmak istiyoruz.

Bu unsura umumiyetle Almancada *Rechtwidrigkeit*, İtalyancada *antigiuridicità* veya *Illicità* denilmektedir. Fransızlar muhtevasına *illégalité* dedikleri bu unsura *élément injuste* demektedirler. Fiilden bahsederken Fransızcada ve İtalyancada bazan birbirinden farksız olarak, bazan fark gözetilerek [1] *illégitime* (gayrı meşrû), *illicite* (gayrı kanunî veya kanuna aykırı) tâbirleri kullanılmakta ve İtalyanlar buna *antigiuridico*, Almanlar *rechtswidrig* (hukuka aykırı) tâbirini de ilâve etmektedirler. Fransızlar, her nedense, antijuridicité kelimesini kullanmayı barbarlık saymaktadırlar [2].

---

[1] Meselâ, Carnelutti (*Lezioni* s. 131) hukuka aykırı (antigiuridico) denilmesini mahzurlu bulmakta, hukukî netice terettüp eden bir fiil olmak itibariyle, suçun hukukî bir fiil (atto giuridico) olduğunu söylemektedir.

[2] V. LISZT'in fransızca tercümesinde (s. 204) mütercimin notuna bakınız.

Türk doktrininde de son zamanlarda hukuka aykırı fiil ve hukuka aykırılık tâbirleri kullanılmağa başlanmış bulunmaktadır [3]. Kanuna aykırılık tâbirini kullananlar da vardır [4].

Biz de hukuka aykırılık ıstılahını, bu unsurun mahiyetini en iyi ifade etmesi sebebiyle, kabul etmiş bulunmaktayız. Bir kere, meselâ Carnelutti' nin de ileri sürdüğü [5] ve Pannain'in kabul ettiği [6], hukuka aykırı tâbirinin mahzurlu olduğu, hukukî neticeler terettüp eden bir fiil olmak itibariyle suçun da hukukî bir fiil (atto giuridico) olduğu iddiası kanaatimizce varid değildir. Zira, hukuka aykırı «hukukî» nin değil, ancak hukuka uygunun zıddıdır. Hukuka aykırı olan her fiil, hukukî neticeler doğurması bakımından hukukî bir fiildir. Bu sebeple, ne tenakuz ve ne de iltibas mahzuru vardır.

İlerde arzedileceği üzere (n. 71), biz hukuka aykırılığı sade ceza hukuku bakımından değil, bütün hukuk nizamı bakımından kabul ediyoruz. Bu itibarla ne bazıları gibi (ceza hukukuna aykırılık) diyebilirdik ve ne de hukuka nazaran daha dar olan (kanuna aykırılık) ıstılahını kabul edebilirdik. Şeriata, yâni müsbet hukuk kaidelerine uygunluğu ifade için meşrû kelimesini kullanmakta olduğumuza göre, (şeriata aykırılık) da denilebilirdi. Fakat şeriat kelimesi dinî hukuk bahis mevzuu oldukça kullanılagelen bir tâbir olduğu ve bugün lâik hukukta şeriat yerine hukuk kelimesi ikame edilmiş bulunduğu cihetle (hukuka aykırılık) tâbirini tercih eyledik. Meşruiyet veya beraat sebepleri yerine hukuka uygunluk sebepleri tâbirini kullanmamız da (n. 110) bu yüzdendir.

47 — Hukuka aykırılığın, maddî unsura dahil olduğu telâkkisi.

Hukuka aykırılığın müstakil bir unsur olduğunu kabul etmiyenlerden bazıları, onun maddî unsura dahil olduğu fikrindedirler. Suç unsurları hakkındaki fikrini değiştiren ve (hukuka aykırı fiil - cezaî müeyyide olması - kusur isnadı) tasnifini kabul eden Mezger'i [7] bu grupta say-

---

[3] BENGÜ: *Ceza Hukukunda Hata,* 1948, s. 115, 125; BİRSEN: *Borçlar Hukuku dersleri,* 1944, c. I, s. 194. GÖZÜBÜYÜK: *Modern Ceza Hukukunda hata meselesi,* Adliye Ceridesi, 1942, II, 163; İMRE: *Kusursuz mesuliyet halleri,* 1949, s. 13. SAYMEN: *Türk Medenî Hukuku,* Umumî Esaslar, 1948, s. 233; VELDET: *Medenî Hukukun Umumî Esasları.* Üçüncü basım, 1948, s. 249, 351.

[4] BENGÜ: *Ceza Hukukunda hata,* 1948, s. 26, 31.

[5] CARNELUTTI: *Lezioni,* s. 131.

[6] PANNAIN: *Manuale,* s. 162.

[7] MEZGER: *Deutsches Strafrechts, Ein Grundriss.* 1938, s. 37 (Battaglini' den naklen: *Diritto penale,* s. 491).

mak lâzımdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması ile cezaî hukuka aykırılığı ayıran Battaglini'nin bu ikincisini tipikliğe ve dolayısiyle maddî unsura bağladığını görmüş bulunuyoruz (n. 20). Bu müellife göre, bazı suçlarda açıkça (gayrı meşrû surette), (haksız olarak) gibi tâbirler kullanılması halinde de kanuna aykırılığın hususî bir şeklinin mevcudiyeti bahis mevzuu değildir, bunlar maddî unsurun bir vasfından, bir şartından ibarettir.

48 — Hukuka aykırılığın kusurluluk unsuruna dahil olduğu telâkkisi.

Bazı cezacılar da hukuka aykırılığı kusurluluk mefhumu içinde mütalâa etmekte ve ona müstakil bir mahiyet tanımamaktadırlar. İradî ceza hukuku [8] (Willenstrafrecht) anlayışı, kusurluluk unsurunu ön plâna almakta ve hukuka aykırılığı onun bir unsuru saymaktadır. Hattâ iradî ceza hukukçuları Rechtswidrigkeit (hukuka aykırılık) yerine Unrecht (haksızlık) tâbirini tercih etmekte ve haksızlığı bilişi kasdin bir unsuru addeylemektedirler [9]. Meselâ Schönke, kusurluluğun başta geldiğini, tipin fiil ve hukuka aykırılık unsurlarının, asıl kat'î mahiyeti olan kusurlu iradeye ulaşmak için bir basamak teşkil ettiğini söylemektedir [10]. Maamafih Mezger kusur (Schuld) da haksızlığın da mücerret bir şekilde dahil olduğunu kabul etmesine [11] rağmen hukuka aykırılık ile kusurun ayrılması fikrinin muhafazasına taraftar olmuştu [12].

49 — Hukuka aykırılığın tipiklik unsuruna dahil olduğu telâkkisi.

Bir fikre göre de hukuka aykırılık tipikliğe dahil bulunmaktadır. Bu fikir taraftarlarından Baumgarten tezini şöyle müdafaa etmektedir [13]: Hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebebi olmaması demek-

---

[8] Bu hususta Mezger'in Türkçeye çevrilmiş bir makalesine başvurulabilir: *İradeye, tehlikeye ve neticeye müstenit ceza hukuku* (çeviren : Muammer Tolga); İstanbul Barosu Mecmuası, 1938, s. 593.

[9] KLEE : *Il nuovo codice penale svizzero e il diritto penale del terzo Reich.* Rivista di diritto penitenziario, 1939, IV, 949.

[10] SCHÖNKE : *Strafgezetzbuchs, kommentar.* 1942; s. 5 (Bettiol'dan naklen: *Diritto penale,* s. 137).

[11] MEZGER : *Diritto penale,* s. 110, not 2.

[12] MEZGER : *Diritto penale,* s. 181, 264.

[13] BAUMGARTEN: *Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 1913, s. 235 (Grispigni'den naklen : *Diritto penale,* II, 14).

tir. Bu menfi unsur ise kanunî tipe uygunluk unsuruna dahildir ve müstakil varlığı mevcut değildir. Zira bu unsur ile hem müsbet unsurların mevcudiyeti, hem de menfî unsurun ademi mevcudiyeti ifade edilmektedir.

50 — Hukuka aykırılığın cezalandırılabilme unsuruna dahil olduğu telâkkisi.

İlerde, cezalandırılabilme unsuru bahsinde de göreceğimiz gibi (n. 121) bazı cezacılar hukuka aykırılığın cezalandırılabilmede dahil olduğunu zımnen veya sarahaten kabul etmektedirler. Meselâ Carrara bütün suç nazariyesini iki kuvvet üzerine kurmuş, fiilin hukuka aykırılığını açıkca kabul etmemiştir. Umumiyetle meşruiyet sebebi sayılan meşrû müdafaayı dahi, bu müellif, iradeye, yâni dahilî kuvvete tesir eden sebep olarak, yâni mânevî cebir olarak kabul etmiştir. Fakat Carrara, mânevî cebir hallerinde iradenin mevcut olduğunu, mânevî cebir altındaki kimsenin dahi istiyerek hareket ettiğini, fiilin kanunda tasvir edilen şekle uymasına rağmen, cezalandırılabilir bir suç olmaktan çıktığını ilâve etmekte ve ceza verilemez olmasını cemiyetin ceza vermek hakkının kalmamasiyle izah eylemiştir [14].

Hukuka aykırılığı, cezaî hukuka aykırılık olarak bir bakımdan tipiklikte mütalâa ettiğini ve dolayısiyle maddî unsura ithal eylediğini gördüğümüz (n. 47) Battaglini, hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti halinde eksik olan unsurun hukuka aykırılık değil, cezalandırılabilme olduğunu açıkça söylemekte ve bu itibarla unsur olarak kabul etmediği hukuka aykırılığın kısmen de cezalandırılabilme unsuruna dahil olduğunu ifade etmektedir. Bu müellif, şöyle demektedir [15]: Burada mevcut olmıyan suçun hukuka aykırı olması unsuru değildir. Meselâ meşrû müdafaada adam öldürme hakkı yoktur. Burada fiilin mevcudiyetine rağmen suçun teşekkül etmemesi, ceza vermek hakkının doğmamasından, yani cezalandırılabilme vasfının meydana gelmemesindendir.

51 — Hukuka aykırılık unsurunun zımnen kabulü.

Bir çok cezacılar, suçun hukuka aykırılığını sarahaten, ne unsur, ne vasıf, ne netice ve ne de önşart olarak kabul etmemekle beraber, beraat sebeplerinin, bizim tâbirimizle hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halinde suçun hukuka aykırı sayılmaması hasebiyle ortada suç olmadığını

[14] CARRARA: *Programma*, § 272, 284, 288.

[15] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 217.

söylemek suretiyle, noksan olduğu için suçun teşekkülüne mani olan bir hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyetini zımnen kabul etmişlerdir.

Meselâ Vidal ve Magnol suçun isnat edilebilmesini ve kusurluluğu kaldıran sebepler bahsinde haksızlığı yâni hukuka aykırılığı zımnen şu şekilde kabul etmektedirler [16]: Bu müelliflere göre kusurluluğu kaldıran sebepler ikidir. Birincisi *kusursuzluk umumî sebepleri* (causes générales de non culpabilité) dir. Bu sebepler, isnat edilebilmenin iki unsuru olan zekâ ve iradeye tesir ederler. Fiil kanuna aykırı olmak vasfını muhafaza etmektedir. İkinci çeşit sebepler, *haklılık hususî sebepleri* (causes *spéciales de justification)* dur. Bu sebepler fiilin suç olmak vasfını kaldırır. Suç olmak vasfı (caractère délictureux) ile zımnen, hukuka aykırılık kasdedilmektedir. Diğer taraftan bu sebeplere haklılık sebebi adını vermek de bu sebepler bulunmıyan hallerde haksızlığın, bir diğer söyleyişle hukuka aykırılığın mevcudiyetini kabul etmek demektir. İlâve edelim ki bu müellifler, haklılık sebepleri olarak, meşrû makamın emrini, meşrû müdaafayı, mecburiyet halini ve mağdurun muvafakatini göstermektedirler.

Donnedieu de Vabres de meşruiyet (= hukuka uygunluk) sebebi olmamasını bir unsur olarak saymamış, fakat zımnen kabul etmiştir. Filhakika bu müellife göre [17], kanunî, maddî ve mânevî unsurlar mevcutsa suç meydana gelir ve ceza vermek icap eder. Fakat buna rağmen bazı hallerin mevcudiyeti ceza verilmesine manidir. Bu hallerden bir kısmı haklılık sebepleri (causes de justification) dur. Bu suretle, bu sebepler olmadığı zaman haksızlık (= hukuka aykırılık) unsurunun mevcut oluşu zımnen kabul edilmiş olmaktadır.

Hocamız Profesör Taner de fiile taallûk eden bazı sebeplerin fiili suç olmaktan çıkardığını söylemekte ve bunlara beraet sebepleri adını vermektedir [18].

52 — Hukuka aykırılık unsurunun vasıf veya şart olarak kabulü.

Suçun unsurları değil, vasıfları olduğunu söyliyenlerden, hukuka aykırılığı kabul edenler onu bir vasıf olarak göstermişlerdir. Meselâ von Liszt'e göre, suçun biri hareket, diğeri kusurluluk ve nihayet üçüncüsü hukuka aykırılık olmak üzere üç vasfı vardır. Bu müellife göre [19], suç,

[16] VIDAL ve MAGNOL: *Cours*, s. 181.

[17] DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, s. 87.

[18] TANER: *Ceza Hukuku*, s. 327, 395.

[19] V. LISZT: *Traité*, § 26, s. 169, 171.

iki temayüle göre hukuk bakımından ehemmiyet arzeder. Hukuka aykırılık unsuru ile hareketin, kusurluluk unsuru ile failin tasvip edilmediği ifade edilir. Hareketin hukukan değerlendirilmesi, suç nazariyesinin esaslı mevzularından biri olarak kabul edilir. Von Liszt, her hukuka aykırı hareketin cezalandırılmadığını, bunların cezalandırılması için kanunî tipe uygun olması lâzım geldiğini söylemekle, evvelce gördüğümüz gibi (n. 19), tipikliği de hukuka aykırılık içinde mütalâa etmektedir.

Vasıf ve unsur tefrikini kabul eden ve suçun hem vasıfları ve hem unsurları olduğunu söyliyen müelliflerden çoğu hukuka aykırılığın bir vasıf olduğu fikrindedir. Meselâ Ranieri bu vasfı şöyle izah etmektedir [20]: Objektif hukukun, hukukî neticelere bağladığı beşerî bir fiil olan suç, iradî olması itibariyle hukukî muamelelerdendir. Hukukî muameleler, kanuna uygun ve aykırı muameleler diye iki grupa ayrılmakta ve suç bu ikinci kısma dahil bulunmaktadır. Kanuna aykırı muameleler de cezaî müeyyidesi olan ve olmıyan diye ikiye ayrılır. Suç, cezaî bakımdan kanuna aykırı muamelelerdendir. Carnelutti de kanuna aykırılığı suçun bir vasfı olarak kabul etmektedir [21]. Hukuka aykırılık üzerinde esaslı surette durmamış olan Ferri dahi, onu ne unsur ve hattâ ne de öz olarak saymış, suçun sadece şekli ve vasfı olduğunu söylemiştir [22].

Florian ise, objektif hukuka aykırılığı cüzü' - unsur (elemento) olarak değil, fakat şart-unsur (requisito essenziale) olarak kabul eylemektedir [23].

Suçların vasıflarına veçhe adını veren ve bunların unsur olmadığını ısrarla söyliyen bütüncü nazariye taraftarlarından (n. 9) meselâ Maggiore [24]'yi de burada sayabiliriz.

53 — Hukuka aykırılık unsurunun suç özü veya neticesi olarak kabulü.

Bazı müellifler de hukuka aykırılığın, suçun özünü teşkil ettiğini söylemişlerdir. Meselâ Rocco'ya göre, ceza hukukunun ihlâli suçun kurucu unsuru değil, fakat özüdür. Unsurlar, cezaî hukukun ihlâli olan suçu meydana getirir [25]. Antolisei de, hukuka aykırılığı, suçun özü olarak kabul

[20] RANIERI: *Diritto penale*, s. 84, 110.

[21] CARNELUTTI: *Teoria generale*, s. 28.

[22] FERRI: *Principii*, s. 394.

[23] FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 375.

[24] MAGGIORE: *Diritto penale*, c. I, k. 1, s. 287.

[25] ROCCO: *l'oggetto del reato*, s. 474.

etmekte ve onu, evvelce de gördüğümüz gibi (n. 19), biri müsbet, diğeri menfi olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Müsbeti, kanunî tipe uygunluktur, menfisi meşruiyet sebebi olmamasıdır [26]. Pannain de hukuka aykırılığı suç özü olarak kabul edenlerdendir. Bu müellif, hukuka aykırılık yerine kanuna aykırılık tâbirini tercih etmekte (n. 46) ve hülâsaten şöyle demektedir [27]: Bir fikre göre, suç unsurları, fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Unsur ise, cüzü' demektir. Teşekküle dahil olmıyan bir husus unsur sayılamaz. Suçun kanuna aykırılığı onun ifadesidir, özüdür ve ancak kusurluluk da dahil olmak üzere cezalandırılabilmenin bütün şartları tamam olduğu zaman ondan bahsolunabilir. Hattâ bazı hallerde kanunun (keyfî olarak) (haksız olarak) (gayrı meşru surette) gibi tâbirler kullanmasının da bu bakımdan ehemmiyeti yoktur. Yâni bir çokları tarafından hukuka hususî aykırılık diye ifade olunan haller de hukuka aykırılığın bir unsur olduğunu göstermez. Bilâkis, keyfi veya haksız olmanın, gayrı meşru hareket etmenin, kanunî tip muhtevasını teşkil eden fiil unsuruna dahil olduğunu anlatır. Suçu kaldıran objektif sebeplerin mevcut olmaması da bir unsur olarak sayılamaz. Çünkü menfi bir şey, teşekküle dahil değildir.

Bazı müellifler de hukuka aykırılığı unsur olarak değil, fakat suçun neticesi olarak kabul etmişlerdir. Meselâ Manzini'ye göre, suç fiilinin gayrı meşru oluşu, suçun ne unsuru ve ne de bir önşartıdır, sadece, fiilin suç sayılmasının bir neticesidir. Bu müellif diyor ki [28], fiilin cezaî bakımdan gayrı meşrû oluşu, suç sayılmasından ve taallûk ettiği cezaî kaidenin ihlâlinden ibaret oluşundan ileri gelir. Bazı hallerde gayrı meşruiyet yoktur. Meselâ meşrû müdafaa sebebi, fiilin cezaî gayrı meşruiyetini kaldırır.

54 — Hukuka aykırılığın unsur olarak açıkça kabulü.

Hukuka aykırılığı ilk defa açıkça unsur olarak kabul edenler Almanlar olmuştur. Filhakika 18 inci asırda Böhmer'in dörtlü unsur tefrikine rastlanmaktadır. Bu müellif suçun dört unsurunun, serbest hareket, hukuka aykırılık, kusurluluk ve cezalandırılabilme olduğunu söylemiştir [29]. Maamafih hukuka aykırılık mefhumu bilhassa 1870 ten sonra esaslı surette incelenmeğe başlamıştır.

---

[26] ANTOLISEI: *Manuale*, s. 95.

[27] PANNAIN: *Manuale*, s. 171, 185.

[28] MANZINI: *Trattato*, c. I, s. 414.

[29] BÖHMER: *Elementia iuris criminalis*, 1732 (Hippel'den naklen: *Manuale*, s. 151).

Bugün hâkim olan Alman doktrinine göre, fiilin kanunî tipe uygun olması kâfi değildir, hukuka uygun olup olmadığının da ayrıca düşünülmesi lâzımdır. Fakat ilerde şümul ve mahiyet bahislerinde de göreceğimiz gibi (n. 56, 68) hukuka aykırılık mefhumu hakkında görüşler çok çeşitlidir. Hold von Ferneck, sade hukuka objektif aykırılığın 22 tarifini tesbit etmiştir [30].

Alman doktrininde hukuka aykırılık unsuru içinde tipikliğin de umumiyetle dahil sayıldığına işaret etmiş bulunuyoruz (n. 19). Meselâ Mezger'e göre [31], hukuka aykırılık, mânevî unsurdan tecerrüt etmiş maddî unsur hakkında sonradan (ex post) verilen bir hükümdür. Fakat sade hukuka aykırılık kâfi değildir. Nitekim kanunî tipe uygunluk da tek başına kâfi değildir. Kanuna aykırılığı kaldıran sebeplerin müdahale etmemesi lâzımdır. Von Hippel de hukuka aykırılığı açıkça unsur olarak kabul eden görüşü benimsiyenlerdendir. Hukukun mahiyetini, insanların faaliyet sahalarını mecburî surette tahdit olarak kabul eden bu müellif bundan, hukuka objektif aykırılığın hukukan himaye edilen menfaatlere bir tecavüz teşkil ettiği neticesini çıkarmaktadır. Bir hareketin ceza ile tehdit edilmesi halinde hukuka objektif aykırılık mevcuttur. Fakat bu kaidenin istisnaları vardır. Ceza ile tehdit edilen, yâni kaideten hukuka aykırı olan bir hareket, hususî sebeplerle, hukuk tarafından tecviz edilmiş (meşrû müdafaa gibi), hattâ emredilmiş (bir memurun hareketi gibi) olabilir. Bu hallerde hukuka objektif aykırılık yoktur, yâni ceza müeyyidesine rağmen suç mevcut değildir [32].

İtalyan doktrininde de, hukuka aykırılığı açıkça unsur olarak kabul edenler mevcuttur. Meselâ Grispigni bunu müsbet olan tipiklik unsurundan ayrı bir menfî unsur olarak ele almıştır [33]. Buna mukabil, tipikliği unsur olarak kabul etmediği halde hukuka aykırılığı Vannini [34] gibi menfi, Bettiol [35] gibi müsbet unsur sayanlar da vardır.

Suçun şeklî tarifini yapıp onu kanun koyucunun kabul ettiği bir şema mânasına alarak tetkik edince haksızlığı bir unsur olarak saymıyan Altavilla'yı da, suçun hukukî tarifini yapınca haricî fiilin haklı sayılmamış

---

[30] HOLD V. FERNECK: *Die Rechtswidrigkeit*, 1930, I, s. 399 (Battaglini' den naklen: *Diritto penale*, 116).

[31] MEZGER: *Diritto penale*, s. 110, 181.

[32] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 152.

[33] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 11.

[34] VANNINI: *Manuale*, 139.

[35] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 181.

olmasını tarifin bir rüknü olarak kabul ettiği için [36], hukuka aykırılık unsurunu açıkça kabul edenler arasında sayabiliriz.

Fransız doktrininde de hukuka aykırılığı açıkça unsur olarak kabul edenler vardır. Misal olmak üzere Villey ve Garraud'yu zikredebiliriz. Villey, hukuka aykırılığı bir unsur (élément) diye göstermemekle beraber suçu «kanun tarafından cezaî müeyyide altında verilen emre aykırı olan, vazife veya hakkın kullanılması suretiyle haklı görülmiyen icraî veya ihmalî hareket» diye tarif ettikten sonra, bu tarifin neticeleri arasında kanun tarafından derpiş edilmiş ve cezalandırılmış olmadan ayrı olarak «haklılık sebepleri (faits justificatifs) nazariyeleri» adı altında hareketin hak ve vazife istimali suretiyle haklı olmamasını da tetkik etmiştir [37].

Garraud, kanunî unsurdan ayrı olarak kabul ettiği bu dördüncü unsuru şöyle izah etmektedir [38]: Bir hareket, ceza bakımından iki suretle kanuna uygun (licite) olabilir. Ya cezaî müeyyidesi olan herhangi bir kanun hükmüne aykırı değildir, yahut cezaî müeyyidesi olan bir kanun hükmüne aykırı olmakla beraber umumiyetle cezaî müeyyide ile menedilen hareketi istisnaen tecviz veya emreden bir hukuk kaidesine uygundur. Bu ikinci halde fiili suç sayılmaktan, suç olmaktan çıkaran bir haklılık (justification) sebebi vardır. Bu sebeplerin, suçun bir unsurunu kaldırdığı için suçun teşekkülüne mani olduğunu gören Garraud, bu sebeplerin kaldırdığı unsura haksızlık unsuru (élément injuste) adını vermiştir.

55 — Kanaatimiz.

Biz, unsur kelimesini dar mânada almadığımız, ve efradını cami, ağyarını mani bir suç tarifinin şartı mânasına kullandığımız (n. 10) için, hukuka aykırılığı bir unsur olarak kabul etmekte tereddüt etmemekteyiz. Sadece hukuka aykırılığa tesir eden, hukuka uygunluk unsurlarının mevcudiyeti de bunu göstermektedir. Hattâ, hukuka aykırılık o kadar tabiî bir unsurdur ki, Florian'ın da dediği gibi [39], kanun koyucu ne umumî kısımda, ne de hususî kısımda bunu tasrih etmeğe bile ihtiyaç görmemiştir. Hukuka aykırılığı geniş mânada unsur olarak kabul ettiğimiz için, hukuka aykırılığı vasıf, şart, öz, netice gibi çeşitli şekillerle

---

[36] ALTAVILLA : *Manuale*, s. 47.

[37] VILLEY : *Précis*, s. 53, 71.

[38] GARRAUD : *Précis*, s. 324.

[39] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 410.

izah eden fikirler üzerinde durmağa lüzım görmemekteyiz. Buna mukabil, bu unsurun menfî olduğu veya müstakil mahiyeti bulunmadığı veya umumî kanun ihlâlinin unsuru olan hukukî nizama aykırılığın, Ceza Kanununun ihlâlinde ayrıca aranmasının hata olduğu yolundaki iddiaları cevaplandırmak zaruretini duymaktayız.

I. Bu unsura menfi denilmesini doğru bulmamaktayız' Bizce kanunî tipi tâyin eden normun hukuka aykırılığı aramaması, bilâkis hukuka uygunluk sebepleri oldukça suçun ortadan kalkması, meselâ Grispigni'nin iddia ettiği [40] gibi, hukuka aykırılığın menfi bir unsur sayılması için kâfi değildir. Bizim anladığımız mânada unsurlar, evvelce de belirttiğimiz gibi (n. 15), ancak müsbet olabilirler. Bu itibarla hukuka aykırılık unsuru da müsbet bir unsurdur. Filhakika, suç tipinin ceza normunda tesbit edilmesinden yâni tipik olmasından fazla olarak haiz olması lâzım gelen bir şartı, yâni müsbet şartı, hukuka da aykırı olmasıdır. Bununla beraber, ilâve edelim ki, münakaşa tamamen terim üzerinedir. Müsbet veya menfi denilmesi, hukuka aykırılığın mahiyetine tesir etmemektedir.

II. Hukuka aykırılık unsurunun müstakil mevcudiyeti olmadığı, sair unsurlardan birine dahil bulunduğu fikrini de kabul etmemekteyiz:

a) Hukuka aykırılık, maddî unsura dahil değildir. Zira, Her ne kadar hukuka aykırı olanın hareket olduğu söylenebilirse de meselâ kusurlu olanın da cezalandırılanın da hareket olduğu şüphesizdir. Diğer taraftan, öyle sebepler vardır ki, maddî unsura tesir etmediği halde sadece hukuka aykırılığı kaldırır. Bu da gösterir ki, bunların ayrı ayrı varlıkları vardır, birbiri içinde değillerdir.

b) Hukuka aykırılık, kusurluluğa da dahil değildir. Zira kusurluluk kanaatimizce, maddî unsur ile fail arasındaki ruhî bağdan ibarettir. Halbuki hukuka aykırılık, ilerde göreceğimiz gibi (n. 67), hukukî nizam ile bir taraftan fail ve diğer taraftan fiil arasındaki münasebetin ifadesidir.

c) Hukuka aykırılık, tipikliğe de dahil değildir. Zira, tipiklik, suçu tarif eden cezaî normun mevcudiyetidir. Kanunî tipte, hususî suçun mevcudiyeti için gerekli bütün şart - unsurların bulunması zarurî olduğunu, fakat bu unsurların teker teker kanunî tipte gösterilmesinin zarurî bulunmadığını görmüş bulunuyoruz (n. 28) Hukuka aykırılık ise, ilerde göreceğimiz gibi (n. 71), bütün hukukî nizam ile fiil arasındaki mü-

---

[40] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 12, not 7.

nasebetin ifadesidir ve her suçun teşekkülü için zarurî unsurlardan biridir. Bu unsurun kanunî tipte tasrih edilmeden de dahil olması, onun tipiklik unsuruna dahil olması demek değildir. Aksi takdirde kanunî tipe dahil diğer unsurların da müstakil mevcudiyetlerini inkâr etmek lâzım gelecektir.

Diğer taraftan bazı sebeplerin sadece tipiklik unsuruna tesir etmesi, bazılarının da tipiklik unsuruna dokunmadan, sadece hukuka aykırılığın teşekkülüne mani olması, bunların birbirlerinden müstakil mevcudiyetlere sahip olduğunu göstermektedir.

ç) Hukuka aykırılık, cezalandırılabilmede dahil değildir. Çünkü cezalandırılabilme unsuru bahsinde de göreceğimiz gibi (n. 112, II) her cezalandırılabilen hareket, hukuka aykırı ise de, bu kaziyenin aksi sahih değildir, yâni her cezalandırılmıyan hareketin hukuka uygun olduğu söylenemez. Suç, evvelâ hukuka aykırı bir harekettir, sonra, cezalandırılabilen bir harekettir. Cezalandırılabilmeye tesir eden öyle sebepler vardır ki, hukuka aykırılığa tesir etmezler.

III. Umumî kanun ihlâlinin unsuru olan bütün hukukî nizama aykırılığın, kanun ihlâlinin hususî şeklinde yâni Ceza Kanununun ihlâlinde ayrıca aranmasını esaslı bir hata addeden Battaglini'nin fikrini (n. 20) de doğru bulmamaktayız. Bir hareket ya hukukî nizama uygundur, ya değildir. Hukukî nizama uygun olmıyanlardan bir kısmı ceza ile cezalandırılır ve bunların tipleri kanunlarla tesbit edilir. Tipleri böylece tesbit edilen ve ceza müeyyidesiyle takviye edilen ve adına suç dediğimiz fiiller her şeyden önce hukuka aykırı fiillerdir. Çünkü onun bir nevini teşkil ederler. Nev'in tarifinde cins tarifine giren unsurların tekrar edilmesi ise, eğer sadece cins ile nevi arasındaki farkı belirtmek istemiyorsak, bir zarurettir.

2. §

HUKUKA AYKIRILIĞIN MAHİYETİ

56 — Hukuka aykırılığın mahiyeti meselesi.

Hukuka aykırılık, suçun bir unsuru olarak kabul edilince, bir tezat münasebeti ifade eden bu mefhumun daha yakından tetkiki icap etmek-

tedir. Bu vesile ile ilk ele alınan mesele, hukuka aykırılığın kusurlulukla olan münasebeti meselesidir. Bu meseleye, doktrinde hukuka aykırılığın mahiyeti meselesi denilmektedir. Hattâ çok defa, mahiyet meselesi içinde, hukuka aykırılığın mevzuu ve kanunî tipin muhtevası meseleleri de halledilmeğe çalışılmakta ve bu hal, mahiyet meselesinin ve dolayısiyle hukuka aykırılık mefhumunun muğlaklaşmasına sebep olmaktadır. Biz, mahiyet meselesini, kanunî tipin muhtevası ve hukuka aykırılığın mevzuu meselelerinden ayırmak suretiyle tetkik edeceğiz.

57 — Hukuka aykırılığın objektif mahiyette telâkkisi.

Bir fikre göre, hukuka aykırılık ile kusurluluk birbirlerinden tamamen ayrı şeylerdir. Hukuka aykırılık suçun ancak maddî unsuruna taallûk eder. Kusurluluğu kaldıran sebeplerin bulunmasına, yâni kusurluluk olmamasına rağmen mevcut olabilen fiilî durumların kanun karşısındaki durumunun bir ifadesidir. Diğer bir söyleyişle kanuna aykırılık, fiil ile hukuk normu arasındaki bir münasebettir. Halbuki kusurluluk, fiil ile fail arasındaki münasebetin ifadesidir.

Hukuka aykırılığın objektif mahiyette telâkkisinden çıkan netice şu olmaktadır ki, kusurluluğu kaldıran sebepler başkadır, hukuka aykırılığı kaldıran sebepler başkadır. Hukuka aykırılığı kaldıran sebepler, suçun sadece objektif unsurlarına taallûk ederler.

Kusurluluk unsurunu da ihtiva eden suçun değil, sadece suçun bir unsuru olan fiilin hukuka aykırı olduğunu kabul eden bu görüş, Alman doktrininde hâkim vaziyettedir. Beling, Fischer, Goldschmidt, Hegler, von Hippel, von Liszt, M. E. Mayer, Mezger ve Nagler'i bu meyanda zikredebiliriz.

Bu fikrin İtalyadaki taraftarları arasında da bilhassa Bettiol, Delitala, De Marsico, Grispigni, Maggiore, Massari ve Sabatini'yi sayabiliriz [41]. Modern Fransız doktrini de, hukuka uygunluk sebeplerinin kusurlulukla alâkası olmadığını, objektif olduğunu söylemekle, tafsilâta

---

[41] Grispigni hukuka uygunluk sebeplerinin suçun maddî unsuruna taallûk ettiğini söylemektedir *(Diritto penale,* II, 14). Bu itibarla kendisini objektif telâkki grupuna sokmuş bulunuyoruz. Fakat suçun özü mânasına kabul ettiği «ceza hukukuna aykırılık» ın biri objektif, diğeri sübjektif iki veçhesi olduğunu da söylemesi, bazılarını, meselâ Gramatica'yı *(l'indice di antisocialità,* Rivista di difesa sociale, 1947, III, 256), Grispigni'nin muhtelit teze taraftar olduğunu kabule sevketmiştir.

girmeden, bu tezi umumiyetle kabul etmiştir [42]. Türk doktrininde de durumun ayni olduğu söylenebilir [43].

Hukuka aykırılığın objektif mahiyetini iddia edenler, çeşitli gerekçeler ileri sürmüşlerdir:

a) Bazıları fiilin objektif ve sübjektif değerlendirme farklarından hareket ederler. Bu arada meselâ Delitala da, hukukî nizamın beşerî faaliyetleri evvelâ objektif bakımdan değerlendirdiğini, sonra da fertlere bu hareketleri kusurlu olarak icra etmemelerini emrettiğini söylemektedir [44]. Bu tez taraftarlarına göre hukukun çifte vazifesi (doppelfunktion des Rechts) vardır. Bunların biri değerlendirici, diğeri emredicidir. Bu iki vazife arasında zaman bakımından kat'î bir tefrik yapılsa ve biri normun konmasından önce, diğeri sonra mevcut sayılsa dahi, bu durum Bettiol'un da dediği gibi [45], her ikisinin müstakil varlığının kabulüne ve değer verme vazifesi bakımından hukuka aykırılık neticesinin elde edilmesine mani olmıyacaktır. Bu vazife tefrikine normların tefriki tekabül eder. Hukuk normları da iki çeşittir. Bir kısım normlar failin haricî bir hareket yapmasını emreder. Bir kısım normlar da failin dahilî faaliyetine taallûk eder.

Birinciler (objektif değer normları) veya sadece (değer normları) dır. İkincilere (mükellefiyet normları) veya (karar normları) adı verilmektedir. Bu iki çeşit norm arasındaki münasebet ihtilâflıdır. Goldschmidt'e göre [46], bunlar yan yanadır. Mezger,e göre [47] ise, ikinciler birincilerden çıkmıştır.

Normları böylece ikiye tefrik edenler, bu arada von Liszt [48], Mez-

---

[42] GARRAUD: *Traité*, c. II, s. 1; VIDAL ve MAGNOL: *Cours*, s. 181, 304; DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, s. 193.

[43] TANER: *Ceza Hukuku*, s. 327, 395; GÖZÜBÜYÜK: *Modern Ceza Hukukunda mal için meşru müdafaa*. Adliye Ceridesi, 1942, V, 590; Aksi fikir: EREM: *T. Ceza Hukuku*, s. 373.

[44] DELITALA: *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930 (Grispigni'den naklen: *Diritto penale*, II, 14).

[45] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 186.

[46] GOLDSCHMIDT: *Der Notsband ein Schuld problem*. Österreichischen Zeit. 1913, s. 129, 224 (Mezger'den naklen: *Diritto penale*, s. 185).

[47] MEZGER: *Diritto penale*, s. 185.

[48] V. LISZT: *Traité*; s. 233.

ger [49], v. Hippel [50], Bettiol [51], Delitala [52], bundan şu neticeyi çıkarmaktadırlar: haricî faaliyete taallûk edenler objektif, dahilî faaliyete taallûk edenler sübjektif hüküm vermemize yararlar. Fiil hakkındaki hükmümüzün neticesi, onun hukuka aykırı olmasıdır. Fail hakkındaki hükmümüz ile de onun kusurlu olduğu neticesine varırız. Hülâsa, kusurluluk ile hukuka aykırılık ayrı ayrı şeylerdir.

b) Objektif mahiyet taraftarlarından bazıları, meselâ Bettiol [53], hukuka aykırılık ile, himaye edilen bir menfaati fiilin ihlâl eylediği hakkında bir hüküm verilmiş olduğunu, fakat bu ihlâlin elle tutulur, gözle görülür bir realite olmadığını, normatif bir mefhumdan ibaret bulunduğunu, fiilin ihlâl edici olup olmadığı hakkındaki hükümden ibaret olması sebebiyle de hukuka aykırılığın objektif, yâni kusurla alâkası bulunmadığını söylemektedirler. V. Hippel [54] ve Nagler [55]e göre de hukuka aykırılığı objektif telâkki etmek zarurîdir. Zira, aksi takdirde bu mefhum sadece cezaya ehil kimselere inhisar edecek ve ehil olmıyanlar için bir nevi kanunî durum yaratılacaktır. Halbuki hukuka aykırılığın özü, hukukan himaye edilen menfaatlerin ihlâl edilmiş olmasıdır. Bundan, Grispigni [56]'nin ve Maggiore [57]'nin de çıkardığı netice şudur ki: menfaatlerin himayesinde failin cezaya ehil olup olmadığına bakılmamalıdır; hukuka aykırılık hükmü, objektif olarak verilmelidir.

ç) Hukuka aykırılığın objektif mahiyette telâkkisinin pratik ihtiyaçlara cevap verdiğini ileri sürenler de vardır. Meselâ Nagler [58] ve Bettiol [59] meşrû müdafaada ehliyetsiz bir kimsenin taarruzunun haksız

---

[49] MEZGER: *Diritto penale*, s. 183.

[50] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 120.

[51] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 186.

[52] DELITALA: *Il fatto nella teoria generale del reato*, s. 19 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale*, s. 20).

[53] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 184.

[54] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 152.

[55] NAGLER: *Der heutige Stand der Lehre vom der Rechtswidrigkeit*, s. 335 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 37).

[56] GRISPIGNI: *La responsabilità giuridica dei cosidetti non imputabili*. Scuola positiva, 1920, s. 14 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 47).

[57] MAGGIORE: *Diritto penale*, s. 289.

[58] NAGLER: *Der heutige Stand*, s. 341 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 64).

[59] BETTIOL: *Diritto penale*, 189.

sayılmasını, bu sayede mümkün görmektedirler. Delitala [60] da suç ortaklığında maddî aslî failin ehliyetsiz olması halinde diğer ortakların cezalandırılmasını bu suretle izah etmektedir.

d) Objektif mahiyet taraftarı bazı İtalyan müellifleri, müsbet hukukun da bu hususu teyit eden misaller ihtiva ettiğini söylemektedirler. Bu misaller, iddia olunduğuna göre [61], sadece failin bir harekette bulunmasının kanun koyucu tarafından hukuka aykırı sayıldığı, kusurluluk olmadan da failin zararlı veya tehlikeli hareketinin ceza denilen hukukî neticeleri meydana getirdiği hallerdir. Bu vaziyete yeni İtalyan Kanununun (objektif mesuliyet) adını verdiği de ilâve olunmaktadır.

58 — Hukuka aykırılığın sübjektif unsurları nazariyesi.

Hukuka aykırılığın objektif mahiyetini kabul eden müelliflerden bazıları, onun sübjektif unsurları da bulunduğunu, fakat bu sübjektif unsurların kusurlulukla alâkası bulunmadığını söylemişlerdir. (Hukuka aykırılığın sübjektif unsurları nazariyesi) denilmesinin Alman doktrininde umumiyetle hukuka aykırılık ile tipiklik arasında fark gözetilmemesinden ileri geldiğini, (kanunî tipin sübjektif unsurları nazariyesi) diye adlandırılmasının daha doğru olacağını belirtmiş olduğumuz bu nazariyeyi tipiklik bahsinde (n. 29) tetkik etmiş bulunmaktayız.

59 — Hukuka aykırılığın sübjektif mahiyette telâkkisi.

Bir fikre göre de, hukuka aykırılık, suçun mânevî unsuruna yâni kusurluluğa taallûk eder. Kusurluluktan ayrı bir hukuka aykırılıktan bahsolunamaz. Hukuka aykırılığı kaldıran sebepler, suçun kasıt unsurunu da ortadan kaldırırlar.

Hukuka aykırılığın sübjektif mahiyetini [62] ileri süren bu tez, Almanyada bilhassa iradî ceza hukuku taraftarları tarafından benimsen-

---

[60] DELİTALA : *Il fatto;* s. 60 (Petrocelli'den naklen : *l'antigiuridicità,* s. 65).

[61] BETTIOL : *Diritto penale;* s. 189; DELITALA : *Il fatto;* s. 60 (Petrocelli'den naklen : *l'antigiuridicità;* s. 51).

[62] Hukuka aykırılığın hem sübjektif ve hem de objektif olduğunu söyliyen müellifler de vardır. Kanaatimizce, bu telâkki, mahiyet meselesinin başka türlü anlaşılmasından doğmaktadır. Biz bu meseleyi, kusurlulukla hukuka aykırılığın münasebeti mânasına aldığımız için cevapların da (vardır) veya (yoktur) dan ibaret olabileceğine, bu itibarla mahiyetin ancak sübjektif veya objektif olabileceğini kabul ediyoruz.

miştir. Taraftarları arasında Binding, Halschner, Graf zu Dohna, Hold von Ferneck ve Tohn'u zikredebiliriz. İtalyada hâkim olan görüş hukuka aykırılığın kusurluluktan ayrılamıyacağı merkezindedir. Meselâ Antolisei, Rocco, Florian, Manzini, Moro, Petrocelli ve Ranieri bu fikirderirler.

Hukuka aykırılığı sübjektif mahiyette telâkki edenler, tezlerini çeşitli suretlerle isbata çalışmışlardır:

a) Bir çok müellifler, hukuka aykırılığın sübjektif mahiyetini izah için Binding'in norm nazariyesini ileri sürmüşlerdir. Binding'in norm nazariyesinin esası şudur: Ceza kanunu ile norm ayrı ayrı şeylerdir. Normlar Ceza Kanununun fiilî unsurlarına esas olan emrü nehilerdir. Normlar, ceza hukukunun değil, fakat âmme hukukunun müstakil kaideleridir ve kanun haline geçmemiş olan hukukun malıdır. Ceza kanununa riayetsizliğe *Verbrechen*, norma riayetsizliğe *Delikt* denilmektedir. Emre veya daha doğrusu emre itaat mecburiyetine riayetsizlik olan *Delikt*, kusuru gösterir. *Verbrechen* ise cezaî müeyyidesi olan fiilî unsurdur. Ceza kanunu suçlu ile cezaî takibat yapacak kimse, yâni devlet arasındaki münasebete meşrûiyet vermektedir [63].

İlâve edelim ki, Binding'e göre, aykırılık ile ihlâl ayni şeyler değillerdir. Bu müellif, ihlâl tâbirinde bir zarar mefhumu gördüğü için, suçun işlenmesiyle norm tesirini kaybetmiş olmadığına göre ihlâlden bahsolunmasını hatalı bulmaktadır [64].

b) Hukuka aykırılığın kusurluluktan ayrılamıyacağını göstermek için hukuk normlarının emredici mahiyette olduğu da söylenmiştir. Hattâ bazı müellifler ve meselâ Hold von Ferneck hukuka aykırılıktan değil, fakat *norma aykırılık* (normwidrigkeit) tan bahsolunabileceğini, normların müşahhas hareket tarzları emrettiklerini, bu emirlerin failin şuurunda bir mükellefiyet olarak yer ettiğini, bu itibarla norma aykırılığın da *mükellefiyete aykırılık* (Pflichtwidrigkeit) olduğunu söylemektedir [65]. Bu tez taraftarları arasında Almanyada Graf Zu Dohna [66],

---

[63] BINDING: *Handbuch des deutschen Strafrechts*, c. I, § 30, s. 164 (V. Liszt'den naklen: *Traité*, s. 97; Keza ROCCO: *l'oggetto del reato*, s. 75).

[64] BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung*. c. I, s. 293 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità* s. 13).

[65] HOLD VON FERNECK: *Die Rechtswidrigkeit*, B. I, 266 ff., 353 ff., 370 ff., (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale*, s. 16).

[66] GRAF ZU DOHNA: *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*. 1905, s. 69. (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 80).

ve Halschner [67]'i; İtalyada Rocco [68], Manzini [69], Carnelutti [70], Petrocelli [71] ve Moro [72]' yu saymakla iktifa edeceğiz. Meselâ Moro, emri emir olarak anlamıyan, yâni verdiği kararlar üzerinde emrin tesiri olmıyan kimseye karşı emirden bahsolunabilmesini anlıyamamakta, ehliyeti olmıyan ve binaenaleyh kusuru olmıyan kimsenin fiiline hukuka aykırı denilemiyeceğini söylemektedir.

Nasyonal-Sosyalist Almanyada hâkim olmuş olan iradî ceza hukuku telâkkisi de cezaî mesuliyetin temeli olarak, neticeden müstakil iradeyi almakla hukuka aykırılığın sadece objektif olmadığı tezini kuvvetlendirmiştir.

c) Hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırılığa değil, fakat sübjektif unsura tesir ettiğini söyliyenler de hukuka aykırılığın sübjektif mahiyette olduğunu ileri sürmüş olmaktadırlar. Meselâ Florian'a [73] göre bu sebepler, kusurluluğu ortadan kaldırmaktadırlar. Bunun da sebebi, saike bakılması ve failin tehlikeli olmadığının anlaşılmasıdır. Hukuka uygunluk sebeplerini biri objektif ve diğeri sübjektif olan iki şartla izah eden Ferri'yi de bu grupta saymak mümkündür. Ferri'ye göre objektif şart, iki hak arasındaki ihtilâftır. Sübjektif olan ruhî şart ise, saikin hukuka uygun oluşu, yâni cemiyete aykırı olmayışıdır [74].

ç) Hukuka aykırılığın kusurluluktan ayrılamıyacağını isbat için, hukuka aykırılığın bütün suça taallûk eden bir vasıf olduğu söylenmiştir. Meselâ Ranieri şöyle demektedir [75]: Hukuka aykırılık, bir bütün halinde nazara alınan suçun bir vasfıdır, yoksa o bütünü teşkil eden parçalardan biri değildir. Diğer bir söyleyişle, kanuna aykırı olan, parçalardan biri değil, fakat parçalardan mürekkep olan bütündür. Bir hareketin kanuna aykırı olduğu söylendiği zaman, hareket sadece maddî olarak değil, fakat ayni zamanda ruhî olarak da nazara alınmaktadır. «Tipik fiil kanuna aykırıdır» yahut «suç kanuna aykırı fiildir» denildiği zaman,

[67] HALSCHNER: *Das gemeine deutsche Strafrechts,* 1881, s. 18 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità,* s. 80).

[68] ROCCO: *l'oggetto del reato,* s. 129

[69] MANZINI: *Trattato;* c. 1, s. 414.

[70] CARNELUTTI: *Teoria,* s. 28; *Lezioni,* s. 100.

[71] PETROCELLI: *l'antigiuridicità,* s. 80.

[72] MORO: *l'antigiuridicità penale,* s. 19, 103, 107.

[73] FLORIAN: *Trattato,* c. I, s. 523.

[74] FERRI: *Principii,* s. 462.

[74] RANIERI: *Diritto penale,* s. 107.

tipik fiilin, yahut suçun hukuk normları muvacehesindeki vaziyeti ifade edilmek istenmektedir. Tipik fiil yahut suç, unsurları tamam bir bütün olarak nazara alınmaktadır. Hukuk, bir kimsenin sadece haricî tezahürlerine kıymet vermez. Ancak mânevî unsurla birlikte olan hareket ve fiilin bir mânası ve değeri vardır. Hattâ kanunun objektif mesuliyet dediği hallerde dahi bir irade tezahürü mevcuttur.

Petrocelli de bu mesele üzerinde uzun uzadıya durmuş ve ancak ceza ehliyeti olan kimselerin hareketlerinin hukuka aykırı sayılabileceği tezini şöyle müdafaa etmiştir [76]: objektif mahiyet taraftarları, cezaya ehil olmıyanların durumunun kanuna uygun sayılmasından korkmaktadırlar. Halbuki bu korku varit değildir, çünkü hukuk, menfaatleri himaye bakımından, tesir sahasını cezaya ehil olmıyanların hareketlerine de teşmil etmiştir. Failler farklı oldukça, ceza hukukunun onların farklı hareketlerini tavsif ve tanzim edişi de farklı olacaktır. Hukuka aykırılık, hukukan himaye edilen menfaate aykırılığın bir çeşididir. Bu sonuncunun diğer çeşidi de menfaate dar mânada aykırılıktır. Birincisinde cezaya ehil olanların, ikincisinde cezaya ehil olmıyanların hareketleri bahis mevzuudur. Ceza ehliyeti olanlar, hukukî emirlerin muhataplarıdır. Ceza ehliyeti olmıyanlar ise, bu emirlerin sadece mevzuunu teşkil ederler. Bu emirlerin muhatapları başkalarıdır. Ehliyeti olmıyanların da borçlanabilecekleri, emirlerin ehliyetsizlere de hitap ettiği yolundaki Thon'un iddiası [77], temsil müessesesini nazara almamaktadır. Menfaatin himaye edilmesi başka şeydir, iradenin kullanılması yine başka şeydir. Ehliyeti olmıyanların fiili, tabiî kuvvetlerin meydana getirdiği hâdiselere benzer.

Carnelutti de kanuna aykırılığın suçun vasfı olduğu, umumiyetle kullanılan tâbirlerle kusurluluk ve hukuka aykırılığın ve kendi ifadesiyle haksızlık ve itaatsizliğin, ayni madalyanın iki yüzünü teşkil ettiği fikrindedir [78].

60 — Kanaatimiz.

Hukuka aykırılığın mahiyeti meselesine mütedair nazariyeler hakkındaki görüşlerimizi arzetmeden önce, bu meseleyi hukuka aykırılık ile kusurluluk arasındaki münasebet mânasına anladığımızı (n. 56) tekrar

[76] PETROCELLI: *L'antigiuridicità*, s. 40.

[77] THON: *Der Normenadressat*. Ihering's Iahrb. L. 42 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 45).

[78] CARNELUTTI: *Teoria*, s. 28. 30.

etmek isteriz. Şümul sahasını böylece tahdit etmeden, meselenin vâzih bir şekilde halline imkân olmadığını düşünüyoruz.

I. Kanaatimizce hukuka aykırılığın mahiyetini objektif telâkki eden nazariyeyi (n. 57) benimsemeğe, suçun iki unsuru olduğu kabul edilmedikçe mantıkan imkân yoktur. Bu nazariye, suçu meydana getiren faaliyetleri ikiye ayıran, bütün haricî faaliyetleri maddî, dahilî faaliyetleri mânevî unsur sayan görüşün bir neticesidir. Dahilî faaliyetler ve değerlendirilmesi nasıl bir tek sübjektif unsuru meydana getiriyorsa, haricî faaliyetler ve değerlendirilmesi de öylece bir tek maddî unsuru meydana getirmelidir. Bu görüş, maddî unsurla hukuka aykırılık arasındaki münasebetin, bir paranın iki yüzü arasındaki münasebet olduğu neticesine varmaktadır. Görülüyor ki, ancak suçun iki unsuru olduğunu ileri sürenler, tezada düşmeksizin, hukuka aykırılığın objektif mahiyetini iddia edebileceklerdir. Hukuka aykırılığın ayrı bir unsur olarak kabulü (n. 55), meselenin başka yollardan hallini gerektirmektedir.

Kaldı ki, hukuka aykırılığın objektifliği nazariyesinin ileri sürdüğü deliller de ikna edici değildir:

a) Normların, objektif ve sübjektif hüküm vermeğe yaramaları bakımından tasnifini kabul etmemekteyiz. Kanaatimizce, her norm hem objektif hareket tarzı gösterir, hem de o hareketin failine hitap ettiği için sübjektif bir kıymet ifade eder. Petrocelli [79]'nin ve Moro [80]'nun da dedikleri gibi, sade değer hükmü vermeğe yarayan normlar mevcut değildir. Hukuk hem değerlendirir, hem emir verir. Zaten içtimaî hüküm ile hukukî hükmü birbirinden ayırmak lâzımdır. İçtimaî hüküm, hukuktan önceki, hukuk dışı hükümdür. Hukukî hüküm ise, norm karşısındaki duruma göre bahis mevzuudur. Hukukî değerlendirme, sadece hukuka uygun olup olmamayı gösterir. Tasvip veya takbih ancak bu mânada kabul olunabilir.

b) Ceza ehliyeti olmıyan kimselerin hareketlerini hukuka uygun saymamak için, ehliyetin ve dolayısiyle kusurluluğun hukuka aykırılık dışında bırakılması da doğru değildir. Bir kere, menfaatleri himaye eden hukuk, cezaî ehliyeti olmıyanların hareketlerini de nazara almaktadır. Antolisei [81]'nin de dediği gibi, kanunun emirleri mutlaktır. Herkese karşı hüküm ifade eder. Hattâ hiç bilmiyenler hakkında da tatbik olunur.

---

[79] PETROCELLI : *l'antigiuridicità*, s. 21, 38.

[80] MORO : *l'antigiuridicità penale*, s. 21.

[81] ANTOLISEI : *Manuale*, s. 25.

Diğer taraftan, ehliyet ile, kusurluluk unsurunun da birbirine karıştırılmaması lâzımdır. Hareket ve netice ile fail arasındaki ruhî bağı ifade eden kusur başka şeydir, failin sübjektif durumu bakımından cezalandırılabileceğinin önceden kabulü demek olan ehliyet başka şeydir. Akıl hastalarının bir çoğunun dahi suçlarını bilerek ve istiyerek işledikleri düşünülürse bunlarda kasıt olmadığı nasıl söylenebilir? Kasıttan cezaî ehliyet faslında bahseden kanunumuzun hatalı sistemiyle kendimizi bağlı görmediğimizi evvelce de (n. 2) belirtmiş bulunuyoruz.

c) Bazı pratik ihtiyaçları karşılamak için, hukuka aykırılığın objektif mahiyetini kabul zarureti olmadığı kanaatindeyiz. Ehliyet ile kusurluluk arasındaki fark gözönünde tutulur ve mânevî unsur, geniş mânada alınırsa görülür ki, sübjektif mahiyetin kabulü, ehliyetsiz bir kimsenin taarruzunu haksız saymağa mani değildir. Maddî asıl failin ehliyetsiz olması halinde diğer ortakların cezalandırılmasını izah için de hukuka objektif aykırılıktan bahsetmek zarurî değildir. Nitekim, başka bir yerde [82] belirttiğimiz gibi, aslî failin fiilinin hukuka aykırı olmasını kâfi görenler de vardır.

ç) İtalyan kanununun objektif cezaî mesuliyet hallerini kabul etmiş olması da kanaatimizce, ikna edici bir delil olmaktan uzaktır. Bir kere, kendimizi şu veya bu kanun koyucunun sistemiyle bağlı hissetmemekteyiz. Diğer taraftan, İtalyan Kanunundaki objektif mesuliyetten ne anlaşılması lâzım geleceği de ihtilâflı bir meseledir.

İtalyan kanununun 42 nci maddesinin sonunda şöyle bir fıkra vardır: «Netice (evento) nin faile, icraî veya ihmalî hareketinin sonucu (conseguenza) olarak tahmil edildiği halleri kanun gösterir.» Bu fıkradaki hükmü, kanun koyucu madde başlığında «objektif mesuliyet» diye adlandırmıştır. İşte bu objektif mesuliyeti herkes bir başka türlü anlamaktadır. Sabatini [83]'ye göre kanun sakat bir tabir kullanmıştır. Kusursuz bir mesuliyet bahis mevzuu değildir. Bu fıkra ile, failin hareketine yabancı olan bir neticeden kanunen mesul olunan haller derpiş edilmiştir. Gazete sahibinin mesuliyetinde olduğu gibi. Battaglini [84], bu hallerde, taksirdekinden daha hafif bir kusur mevcut olduğu kanaatindedir. Cavallo[85] ise, netice tasavvur edilebildiğine göre, tasavvur kasdı bulunduğu fikrin-

---

[82] KUNTER: *Suçortaklığında sorum ve ceza.* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947. I, 73.

[83] SABATINI: *Istituzioni,* c. I, s. 340.

[84] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 179.

[85] CAVALLO: *la respondabilità oggettiva nel diritto penale,* 1937, s. 562.

dedir. Maggiore [86]'ye göre, ya pek hafif bir kasıt, yahut neticeye muvafakat vardır. Ranieri [87] ve Pannain [88] ise bu fıkra ile derpiş edilen hallerin, şuurlu ve iradî hareketle meydana gelen neticenin ne kasıtla ve ne de taksirle izahı mümkün olmıyan haller olduğu kanaatindedirler. Carnelutti [89]'ye göre yine kusura dayanan, dolayısiyle mesuliyet vaziyeti bahis mevzuudur. Florian [90] 'objektif mesuliyetten, failin sübjektif unsur nazara alınmıyarak fiilden mesul tutulmasını anlamakta ve objektif mesuliyet halleri olarak da, cezalandırılabilme objektif şartlarını, kasdı geçen neticeyi, ağırlatıcı sebepleri, hata halinde mağdurun yaşına, şartlarına, yahut maddî veya ruhî vasıflarına taallûk eden sebepleri' sarhoş iken işlenen suçları, iştirakte en ağır suçu veya şeriklerin bilmediği ağırlatıcı sebepleri, maddî sebebiyet münasebetine karışan diğer sebepleri kabul etmektedir. Antolisei [91]'ye göre, bu hallerde irade sadece suçun icra safhasında yoktur, fakat daha önce mevcuttur. Müellif neticenin kaza eseri olmadığını, bu itibarla objektif mesuliyet denmesi doğru olmadığını söylemekte ve anormal mesuliyet tâbirini kullanmaktadır. Vannini [92] ve Bettiol [93] gibi objektif mesuliyet hallerini, sadece maddî sebebiyet alâkasının kabul edildiği istisnaî haller olarak kabul edenler de vardır.

Şurasını da ilâve edelim ki, pozitivistlerin mesuliyet telâkkileri, bazılarınca sanıldığının [94] aksine olarak, hukuka aykırılık için sadece maddî sebebiyet alâkasının kâfi görülmesini haklı gösterecek şekilde bir objektif mesuliyet anlayışına asla müsait değildir. Pozitivistler, mânevî mesuliyet yerine kanunî mesuliyeti koyarlarken sadece kasıt ve taksirden ibaret bir kusurun kâfi olmadığına işaret etmek istemişler, medenî hukukun hattâ delileri bile mesul tuttuğunu ve buna objektif mesuliyet adını verdiğini söylemişlerdir [95]. Fakat failin şahsiyetini gösterdiği ileri sürülen maddî hareketin, failin eseri sayılması hususunda pozitivistler ısrar

---

[86] MAGGIORE: *Diritto penale,* s. 484.

[87] RANIERI: *Diritto penale,* s. 262.

[88] PANNAIN: *Manuale,* s. 823.

[89] CARNELUTTI: *Lezioni,* s. 167.

[90] FLORIAN: *Trattato,* c. I, s. 442.

[91] ANTOLISEI: *Manuale,* s. 88, 111.

[92] VANNINI: *Lineamenti,* s. 53; *Manuale,* s. 94.

[93] BETTIOL: *Diritto penale,* s. 305

[94] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s 166; GÖZÜBÜYÜK: *La responsabilité pénale.* Thèse, Lausanne, 1941, s. 88, 101.

[95] FERRI: *Principii,* s. 117, 211, 235.

etmişler, bunun için de faille fiil arasında ruhî bir rabıtanın mevcudiyetini şart koşmuşlardır. Pozitivistler, ceza hukukunu sübjektifleştirmek isterlerken suçun mânevî unsurunu ön plâna geçirmek gayesini gütmektedirler. Altavilla'nın dediği gibi [96], pozitivistlere karşı ileri sürülen ithamların içinde en haksızı, onların objektif mesuliyet taraftarı olduğunun söylenmesidir.

II. Kanaatimizce, hukuka aykırılığın sübjektif mahiyetini isbat için ileri sürülen deliller de (n. 59) ikna edici değillerdir:

a) Ceza kanununun değil, fakat normların yani itaat mecburiyetinin ihlâl edildiğini, ceza kanununun sadece ceza takibatını meşru kılan prensipler olduğu fikri, kanaatimizce kabul olunamaz. Norm ile ceza kanunu arasında ve dolayısiyle Delikt ile Verbrechen arasında bir tefrik yapılması tamamen sun'idir. Bizce, cezaî norm, ceza kanunlarındaki normdur ve kanun haricinde bir normu hâkim nazara alamaz.

b) Normların emredici mahiyette olduğunun kabulü de hukuka aykırılığın sübjektif mahiyetini isbata kâfi değildir. Zira, biraz önce objektif telâkkiyi tenkit ederken belirttiğimiz gibi, hem normun emredici olması, muhataplarının muhakkak ehil olmasını icap ettirmez, hem de ehliyet ile kusurluluk ayni veya birbirine bağlı şeyler değildir.

c) Hukuka uygunluk sebeplerinin saik nazara alınarak kabul edildiği kabul olunsa dahi, bu hal iddia olunduğu gibi, hukuka uygunluk hallerinde kasdın mevcudiyetine mani olamıyacaktır. Zira, neticenin istenmesi demek olan kasıt yine mevcuttur. Değişiklik sadece bu istemenin sebebinde, yâni saikindedir.

ç) Hukuka aykırılığın suçun bütününe taallûk eden bir vasıf, netice, öz olduğu fikirleri de kabul olunamaz. Maddî ve mânevî unsurların mevcudiyetine rağmen bahis mevzuu olan vasfın yani hukuka aykırılığın zarurî olarak tahakkuk etmemesi, bazı hallerin sadece hukuka aykırılığı kaldırması, bunun hakikaten vasıf mahiyetinde olmadığını, bilâkis suçun teşekkülü için bulunması gerekli bir unsur olduğunu göstermektedir (n. 55).

III. Biz de hukuka aykırılığın mahiyetinin objektif olmadığı, yanî kusurluluk ile hukuka aykırılık arasında münasebet bulunduğu, kusurluluk olmadan hukuka aykırılık bahis mevzuu olamıyacağı kanaatindeyiz. Şöyle düşünmekteyiz :

---

[96] ALTAVILLA : *Teoria*, s. 88.

Bir kere kusurluluk bizce bir değer hükmü değildir. Fail ile fiil arasındaki ruhî bir bağ ya vardır, ya yoktur. Mevcut olan bu bağın tasvip veya takbih edilmesi, ahlâk bakımından, hattâ hukuk bakımından değerlendirilmesi bahis mevzuu değildir. Sübjektif unsura kusur adı verilmesi, çok defa sübjektif unsur ile hukuka aykırılığın bir tutulmasından ileri gelmektedir. Hukuka aykırılık ancak takbih edilen kimselerden arandığı için hukuka aykırı fiillerdeki sübjektif unsura da takbih edici, değer hükmü verici bir ad verilmiş bulunmaktadır. Sübjektif unsur ile hukuka aykırılık ayrılınca; değer hükmü, hukuk kaidelerinin konulmasına takaddüm etmesi, onların sebebi olması bakımından, dolayısiyle hukuka aykırılığa taallûk edecek, mânevî unsurun sadece mevcudiyetinin tesbiti ile iktifa olunacaktır. Meselâ akıl hastalarını istiyerek yaptıkları hareketten hukukan mesul tutmak istemiyorsak, bu takdirde yapacağımız şey, mânevî unsuru inkâr etmek değil, fakat fiillerinden hukuka aykırılığı kaldırmaktır. Bu da hukukun emir ve yasaklarını onlara teşmil etmemekle, onların her türlü hareketlerine müsaade etmekle kabil olur. Bu sayede onlar hukukî bir emir veya yasağa aykırı hareket etmemiş, yâni kısaca hukuka uygun hareket etmiş olurlar.

Diğer taraftan, belirtmek lâzımdır ki, hukuka aykırılığın mahiyeti hakkında ileri sürülen fikirler, hukuka aykırılıktan ziyade kanunî tipe uygunluğa taallûk etmektedirler. Alman doktrininde hâkim olan görüşün bu iki unsuru birlikte mütalâa etmesinin bu hususta âmil olduğunu söylemekte hata olmasa gerektir. Bizce, hukuka aykırılıkta mahiyet denilince, hukuka aykırılık ile kusurluluk arasındaki münasebet akla gelmeli, kusurluluk olmadan hukuka aykırılık olabilir mi meselesi düşünülmelidir.

Unsurlarından biri eksikse suç teşekkül edemez. Bu takdirde diğerlerinin mevcut olup olmadığını aramağa mahal yoktur. Meselâ maddî unsur yoksa kasdın mevcudiyeti bizi ilgilendirmez. Bunun gibi, hukuka aykırılık unsuru, hukuka uygunluk sebepleriyle kalkmış ise kusurluluğun da kalkmış olup olmadığını araştırmakta fayda mevcut değildir. Fakat, suç umumî nazariyesi bakımından değil de, hukuk umumî nazariyesi bakımından bir faydanın bahis mevzuu olduğu bir hal vardır. O da kusurluluk unsuru olmadan bir fiilin hukuka aykırı sayılabilip sayılamıyacağı meselesidir. Umumiyetle cezaî hukuka aykırılık olan suç ile ceza dışı hukuka aykırılıklar, hususiyle cezaî suç ile medenî suç, yâni haksız fiiller arasındaki mânevî unsurun mevcudiyeti bakımından münasebeti tâyin eden bu meselenin ehemmiyeti âşikârdır. Onun içindir ki biz de bu meseleyi ayrıca tetkikte (n. 61) fayda mülâhaza etmiş bulunuyoruz.

Şimdiden söyliyelim ki, hukuka aykırılık yalnız suçun unsuru değildir. İleride göreceğimiz gibi (n. 71) hukuka aykırılık, bütün hukuk nizamı

bakımından bahis mevzuudur. Bu itibarla müeyyidesi medenî olan haksız fiillerin de, müeyyidesi disiplin cezası olan disiplin suçlarının da, müeyyidesi malî olan, malî suçların da, hülâsa her türlü hukuka aykırı fiillerin de unsurudur. Hukuk nazariyesinde kendisine hukukî neticeler terettüp eden hukukî fiillerin, biri hukuka uygun, diğeri hukuka aykırı olmak üzere iki nev'i vardır. Cemiyet halinde yaşıyan insanların münasebetlerini tanzim eden hukuk, insanların fiillerini sadece fiil olarak değil, fakat bir insan fiili olarak nazara alır. Bu da fiilin sübjektif unsuriyle birlikte alınması bir şahsiyetin ifadesi sayılması demektir. Sübjektf unsura yâni kusurluluğa verilen mâna, dar veya geniş olabilir, fakat muhakkak olan bir şey varsa o da meselâ bir başka şahsın elinde münhasıran onun âleti olarak hareket eden kimsenin fiili ile kendisi arasında ruhî bağın bulunmadığıdır. Kusurluluk dediğimiz ve bir kimsenin fiilini, onun fiili saydıran ruhî bağ olmadıkça beşerî bir fiilden bahsolunamaz.

Hülâsa bütün hukukî fiiller gibi, onun bir nevi olan hukuka aykırı fiiller de, insan fiili olmak hasebiyle sübjektif unsurla birlikte nazara alınır. Cezaî olsun olmasın, bütün hukuka aykırı fiillerin sübjektif unsuruna da kusurluluk denildiği için, hukuka aykırılığın kusurluluktan müstakillen objektif unsura taalûk ettiği söylenemez.

Cezaî ehliyeti olmıyan kimselerin de normların muhatapları sayılması, Vassalli'nin yaptığı gibi [96] hukuka aykırılığın maddîliğini ileri sürmek için, kanaatimizce kâfi bir sebep değildir. Bu kimselerin fiillerini de, şahsiyetlerinin ifadesi olarak almakta ve bu itibarla hukuka aykırılığın, kusurluluktan müstakil olmadığı mânasına sübjektifliğini kabul etmekteyiz.

61 — Objektif hukukî mesuliyet meselesi.

Yukarıki bentte, hukuka aykırılığın mahiyeti meselesinin, kusurluluk unsuru olmadığı zaman hukuka aykırılık bahis mevzuu olabilir mi, meselesine irca edilebileceğini arzetmiş bulunuruz. Görülüyor ki, meselenin ehemmiyeti, cezaî hukuka aykırılık olan suçun diğer hukuka aykırılıklarla mânevî unsur mevcudiyeti bakımından mukayesesi ve aradaki münasebetin tâyini noktasında toplanmış olmaktadır.

«Kusursuz hukuka aykırılık olur mu?» şeklinde de ifade edilebilen sual, bizi «objektif hukukî mesuliyet meselesi» ile karşı karşıya bırakmaktadır.

---

[97] VASSALLI: *La potestà punitiva*, 1942, s. 307, (Moro'dan naklen : *l'antigiuridicità penale*, s. 110).

Haksız fiillerde mânevî unsurun mevcudiyeti aranmakla beraber, istisnaen mânevî unsur olmadan da mesuliyetin tevcih edildiği hallere, «objektif mesuliyet halleri» denilmektedir. Bu çeşit mesuliyete, «sebep mesuliyeti», «kusursuz mesuliyet» denildiği de vardır. Umumiyetle haksız fiilden doğan mesuliyet sadedinde ve kusur esasına dayanan mesuliyetin esası olarak kusursuz mesuliyetten bahsedilmekte ve kusursuz mesuliyet halleri bir nevi kusursuz haksız fiil olarak gösterilmektedir [98]. Buna, belki de, Borçlar Kanunumuzun bu iki çeşit mesuliyetten ayni fasılda bahsetmesi, hukuka uygun fiillerden mesuliyet hallerini haksız fiillerden mesuliyetten ayrı olarak toplu bir şekilde ele almaması sebep olmuştur. Son zamanlarda kusursuz mesuliyet hallerini doktora tezi mevzuu olarak seçen ve esaslı şekilde tetkik eden Dr. Zâhit İmre de, akit dışı mesuliyeti tanzim eden hukuka «haksız fiil hukuku» demekte ve hukuka aykırılığı gerek kusur ve gerek sebep mesuliyetinin bir unsuru addetmekte ve sebep mesuliyetinin sası addettiği hukuka aykırı fiile de «haksız fiil» adını vermektedir [99]. Maamafih objektif mesuliyet hallerinin haksız fiil olmadığını belirtenler de yok değildir. Meselâ Prof. Schwarz, bu hallerde Roma hukukunun (quasi delictum = suç benzeri) tâbirinin kullanılmasını tavsiye etmekle haksız fiil (delictum) ile kusursuz mesuliyet halleri arasındaki farka işaret etmekte, fakat bununla iktifa etmiyerek, mesuliyetin ekseriya akdî mesuliyet ve haksız fiilden doğan mesuliyet tarzında tefrik edildiğini hatırlatmakta ve daha sarih olmak için «borca aykırı tavır ve hareketten dolayı mesuliyet» ve «esasen mevcut borçlar dışında ızrardan dolayı mesuliyet» denilmesini tercih etmekte ve her ne kadar ızrardan dolayı mesuliyetin temelini haksız fiil olarak göstermekte ise de, bir kimsenin haksız fiil irtikâp etmiş olmaksızın dahi mesul edilebileceğini ve netice mesuliyeti hallerinin bunlar olduğunu açıkça söylemektedir [100].

62 — Kanaatimiz.

Bizce, cezaî hukuka aykırılık olan suç ile diğer hukuka aykırılıklar arasında mahiyet farkı yoktur. Bu meseleyi ilerde, hukuka aykırılığın

---

[98] ARSEBÜK : *Borçlar Kanununun umumî esasları,* 1937, s. 286; BELGESAY: *Borçlar Kanunu şerhi,* 1. fas. 1940, s. 60; BİRSEN : *Borçlar Hukuku dersleri,* 1944, c. I, s. 174, 180; GÖNENSAY : *Borçlar Hukuku,* c. I, 1948, s. 165, 219.

[99] İMRE : *Doktrinde ve Türk hukukunda kusursuz mesuliyet halleri,* 1949, s. 8, 16.

[100] SCHWARZ : *Borçlar Hukuku dersleri,* 1948, c. I, s. 97.

şümulü bahsinde (n. 72 - 79), uzun uzadıya tetkik edeceğimiz için, burada üzerinde durmıyacağız.

Objektif hukukî mesuliyet meselesi hakkındaki kanaatimizi belirtmek için, hukukî nizamın düzenlediği ve hukukî neticeler tertip eylediği beşerî fiillerin biri hukuka uygun, diğeri hukuka aykırı olmak üzere iki büyük kısma ayrıldığını tekrar edeceğiz. Hususî hukukta «haksız» diye tavsif edilen ve Borçlar Kanunumuzun 41 inci ve müteakip maddelerinde tanzim edilen fiil de, suç gibi, hukuka aykırı fiillerin bir nevidir. Ve hukuka aykırılığın mahiyeti icabı (n. 60), kusursuz olamaz. Kanunumuzun kusursuz mesuliyet denilen bazı halleri tanzim etmiş olması, haksız fiillerde de mânevî unsur lüzumuna dair olan görüşümüzü cerhedecek mahiyette değildir. Kaldı ki, suç denilen haksız fiillerden suç benzeri denilmek suretiyle ayırt edilmesi yoluna gidilen [101] objektif mesuliyet hallerinde de, beşerî fiil olmaları sebebiyle mânevî unsur yâni kusur mevcuttur. Bir insanın fiili sayılmıyan fiil, hukukan fiil değildir, vâkıadır, olaydır. Eğer fiil diyorsak, beşerî fiili, yâni failiyle ruhî alâkası mevcut olan fiili nazara alıyoruz, demektir. Objektif mesuliyet hallerinde eksik olan bu itibarla sübjektif unsur, yâni geniş mânada kusur değil, fakat hukuka aykırılıktır. Filhakika bu haller hukukun müsaade ettiği, tecviz ettiği fiilleri derpiş etmektedir. Bu hallerde haklı bir fiil, yahut diğer bir söyleyişle hukuka uygun bir fiil vardır ve kanun hukuka uygun fiillerden de mesuliyeti kabul etmiş bulunmaktadır. Filhakika, akıt dışı mesuliyet sadece haksız fiillere münhasır değildir. Von Thur, zararın tazmini mükellefiyetini doğuran haklı fiillerin mevcudiyetine işaret etmiş ve bazı misaller vermiştir [102]. Meselâ istimlâk böyle bir fiildir. Keza Medenî Kanunun 651 inci maddesindeki başkasının arsasına tecavüz eden inşaat, 668 inci maddesindeki su yolu, gaz ve elektrik borularının geçirilmesi, 694 üncü maddesindeki lüzumlu geçit istenmesi de haklı fiillerdir. Fakat tazminatı gerektirir. Keza Borçlar Kanunu da, mecburiyet halinde yapılan zararları ödeten 52 nci maddesiyle tazminat mükellefiyetini doğuran hukuka uygun fiilin bir misalini vermektedir. Dr. İmre de, diğer bazı misaller vermektedir [103]. Maamafih kusursuz mesuliyet denilen hallerin hepsi hakikaten kusursuz haller değildir. Temyiz kudretinden mahrum bir şahsın fiilindeki ruhî unsur, kanaatimizce 54 üncü maddenin objektif mesuliyet hallerinden sayılmasına manidir. Keza, Borçlar Kanununda ob-

---

[101] V. TUHR: *Partie générale du Code fédérale des Obligations*. 1932, c. I, s. 325; SCHWARZ: *Borçlar Hukuku Dersleri*, 1948, s. 97.

[102] V. TUHR: *Partie générale*, c. I, s. 364.

[103] İMRE: *Kusursuz mesuliyet halleri*, s. 198.

jektif mesuliyete misal olmak üzere gösterilen 58 inci maddeye dikkat olunursa, araştırılmaşa dahi, yine çok defa kusurun mevcut olduğu görülür. Filhakika bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, fena yaptırması, fena muhafaza etmesi bakımından kusurludur. Bu takdirde bir haksız fiilden bahsolunmak lâzımdır. Fakat tapuya tescilinden beş saniye sonra yıkılan evin yeni malikini mesul tuttuğumuz zaman onun kusuru olmadığını da kabul etmemiz lâzımdır. Bu takdirde ise kusur olmadığı için haksız bir fiil yoktur, fakat fiil de yoktur. Sadece hukukî bir vâkıa vardır.

Yine objektif mesuliyete misal gösterilen 55 inci madde bakımından da vaziyet aynidir. Hattâ burada kanun daha ileri gitmiş, kusuru olmadığını isbat eden kimsenin tazminata mahkûm edilemiyeceğini söylemiştir. Bu da, bu maddede kusur arandığını, yâni objektif mesuliyet hali bahis mevzuu olmadığını açıkça göstermektedir. Aranan kusurun isbatının kime ait olacağı meselesi, esasa taallûk eden bir mesele sayılmamak lâzımdır. Keza 56 ncı maddede kusur aranmamaktadır. Fakat kanun bunun kaide olarak mevcudiyetini kabul etmekte, fakat aksini isbata da imkân vermektedir. Objektif mesuliyete misal diye gösterilen Medenî Kanunun 320 nci maddesinde de, «mutat veçhile ve ahvalin muktazi bulunduğu dikkatle» nezaret etmemek kusurunun mevcudiyeti açıkça kabul edilmiştir. Sadece isbat ile mükellefiyet hususnda bir istisna mevcuttur. Keza Medenî Kanunun 656 ncı maddesindeki mesuliyet için de araziye malik olan kimsenin hakkını tecavüz etmesi lâzımdır. Hakkı tecavüzdeki kusur ise âşikârdır.

Hülâsa, akıt dışında herhangi bir zararı meydana getiren bir fiilden dolayı mesuliyet kabul olunduğu zaman, kusur dediğimiz mânevî unsur muhakkak mevcuttur. Mevcut olmıyabilen hukuka aykırılıktır. Bu unsur varsa haksız fiil yahut daha geniş bir ifade ile hukuka aykırı fiil karşısındayız, demektir. Aksi takdirde hukuka uygun fiilden dolayı mesuliyet bahis mevzuudur. Her ikisine terettüp eden neticenin ayni olması, her iki fiilin mahiyetlerinin de ayni olmasını gerektirmiyeceği âşikârdır.

Bütün bunlardan çıkan netice şudur: Kusurluluk da denilen sübjektif unsur yoksa bir fiilden bahsolunamaz ki bunun hukuka aykırı olduğunu yâni haksız fiil teşkil ettiğini de söylemeğe imkân olabilsin. Kusursuz veya objektif diye tavsif edilen mesuliyet, ya hakikaten kusur bahis mevzuu olmıyan hukukî vâkıalardan doğar, yahut en geniş mânasiyle sübjektif unsuru ifade etmek üzere, kusuru da ihtiva eden hukukî fiillerden meydana gelir. Her iki halde de, kusursuz veya objektif mesuliyet değil, «hukukî vâkıadan veya hukuka uygun fiilden mesuliyet» bahis mevzuu olmak lâzım gelir. Filhakika, birincisinde fiil dahi yoktur ki, kusurlu

olmadığını belirtmeğe ihtiyaç olsun, ikincisinde ise kusur mevcuttur ve bu itibarla kusursuz demek yine doğru değildir.

3. §

HUKUKÎ AYKIRILIĞIN MEVZUU

63 — Hukuka aykırılığın mevzuu meselesi, 64 — Hukuka aykırılığın mevzuunun hareket olduğu telâkkisi, 65 — Hukuka aykırılığın mevzuunun netice olduğu telâkkisi, 66 — Hukuka aykırılığın mevzuunun hareket ve netice olduğu telâkkisi, 67 — Kanaatimiz.

63 — Hukuka aykırılığın mevzuu meselesi.

Bir tezat münasebeti olan hukuka aykırılığın mahiyetini, yâni kusurlulukla alâkasını gördükten sonra, bu tezat münasebetinin daha yakından tetkiki icap etmektedir. Tezat münasebeti iki şey arasında bir mukayeseyi ifade eder. Bir teşbih ile söylemek lâzım gelirse, bir tarafta prova edilen elbise vardır; diğer tarafta üzerine elbise uydurulan manken veya insan vardır. Biz, prova edilen elbisenin yâni hukuka uygun olup olmadığı araştırılan şeyin tetkikine «hukuka aykırılığın mevzuu meselesi» adını vermekteyiz. Evvelce de işaret ettiğimiz (n. 56) gibi, doktrinde mevzu meselesi, umumiyetle mahiyet meselesiyle birlikte tetkik edilmekte, ayrıca ele alınmamaktadır. Kanaatimizce mevzu meselesinin mahiyet meselesinden ayrılması, hukuka aykırılık mefhumunun vuzuh kazanmasına yarıyacaktır. Mahiyet meselesi, hukuka aykırılık unsuru ile mânevî unsur arasındaki münasebete taallûk etmektedir. Mevzu meselesi ise hukuka aykırılık unsuru ile maddî unsur arasındaki münasebet meselesidir.

64 — Hukuka aykırılık mevzuunun hareket olduğu telâkkisi.

Bir fikre göre, hukuka aykırı olan şey failin hareketidir. Bu fikir taraftarlarının başında gelen Hold von Ferneck, hukukun emredici mahiyetinden hareket ederek, sadece beşerî hareketlerin hukuku alâkadar ettiğini, durumların kıymeti olmadığını, hukuka aykırı neticelerden dahi bahsolunamıyacağını, zira neticenin yasak edilemiyeceğini, ancak hareketlerin menedilebileceğini söylemektedir [104].

---

[105] HOLD VON FERNECK : *Die Rechtswidrigkeit*, B. I, 386, (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale*, s. 27).

Ayni fikri inkişaf ettiren Petrocelli'nin fikirlerini [105] de şöyle hülâsa edebiliriz: Her şeyden önce hukuk bakımından kıymet hükmü vermenin mânası üzerinde anlaşmak lâzımdır. Hareket de, netice de hukuk bakımından değerlendirilebilir. Himaye mevzuu olması hasebiyle, menfaate taallûk eden her şey, hukuk bakımından böyle bir değerlendirme mevzuu olabilir. Fırtına, kasırga gibi tabiat kuvvetleri dahi, hukuk bakımından nazara alınabilen neticeler meydana getirebilirler. Fakat hukukun bu neticeleri tasvip veya takbih ettiği söylenemez. Tasvip veya takbih ile himaye edilen menfaatlere uygun olup olmama ayni şeyler değildir. Tasvip veya takbih, sadece olmak bakımından değil, fakat olması icap etmek bakımından da mütalâa edilir. Böyle bir kaideye uyabilme imkânı olmadıkça, tasvip veya takbih bahis mevzuu olamaz. Tabiat kuvvetlerinin meydana getirdikleri zararlı neticeler karşısında insanlar sadece korku, ıstırap hisleri duyarlar. İnsanların meydana getirdikleri neticelerin de nazara alınması, onlara sebep olan hareketler bakımındandır. Muhtelif sebeplerle meydana gelen ölüm neticesini alalım. Bir insanın ölümü tabiî sebeplerden ileri gelebilir. Bir hayvanın, bir delinin ve nihayet normal bir insanın eseri olabilir. Objektif bakımdan hepsi birdir. Hepsinde de bir insanın hayatî menfaati ihlâl edilmiştir. Fakat gerek âmme vicdanının ve gerek hukukun takbih ettiği sadece sonuncusudur. Çünkü norma uyabilen ve uyması beklenen sadece normal insandır. Hukuka uygunluk veya aykırılığın esası hukukî bir münasebettir. Yoksa netice ile insanların menfaatleri arasındaki tabiî bir münasebet değildir. Hukuka aykırılığın mevzuu ancak iradî hareket olabildiğine göre netice gibi, durum da bu arada tehlikelilik de hukuka aykırı olamaz. Hülâsa, hukuka aykırılığın mevzuu sadece harekettir. Müteaddit hareketler bahis mevzuu olursa hukuka uygunluk veya aykırılığa taallûk eden hukukî değerlendirme neticeleri de taaddüt eder.

Von Liszt [106], Mezger [107], Ferri [108] ve Rocco [109] da hukuka aykırılığın mevzuunun hareket olduğu fikrindedirler.

65 — Hukuka aykırılığın mevzuunun netice olduğu telâkkisi.

Bir diğer fikre göre de hukuka aykırı olan şey, hareket değil neticedir. Bu tez taraftaralrından olan Nagler, bir hukukî nizamın hareket-

[105] PETROCELLI : *l'antigiuridicità*, s. 71.

[106] V. LISZT : *Traité*, § 32, s. 204.

[107] MEZGER : *Diritto penale*, s. 181.

[108] FERRI : *Principii*, s. 394.

[109] ROCCO : *l'oggetto del reato*, s. 471.

leri menetmesinin, zarar veya tehlike neticesini önlemek maksadına matuf olduğunu söylemekte ve hukuk bakımından neticenin mevcut olmadığının veya hukukun netice hududunda durması lâzım geldiğinin iddia edilemiyeceğini ilâve etmektedir [110].

Hukuka aykırılığın mevzuu olarak neticeyi kabul edenlerden Bettiol'un fikirlerini de [111] şöylece hülâsa etmek mümkündür: Hareketin hukukî vasfı, neticenin hukuk bakımından değerlendirilmesine göre taayyün eder. Eğer netice kanunun mücerret surette tayin ettiği bir tipe uydurulabilirse ve netice ile norm arasında bir tezat münasebeti varsa, hareket de hukuka aykırıdır. Hareket, ceza hukuku sahasında bizatihi ehemmiyeti haiz değildir. Hareketin hukukî ehemmiyeti olması, failin sebep olduğu netice bakımındandır. Eğer netice hukuka aykırı ise hareket de hukuka aykırıdır. Eğer netice hukuka uygun ise hareket de hukuka uygundur. Şu halde bir hareketin ceza hukuku bakımından tavsifi, a posteriori bir hükmün neticesidir.

Vannini de hukuka aykırı olanın, ihlâl veya ihlâl tehlikesi neticesi olduğunu, meşrû müdafaa gibi sebeplerin neticenin hukuka aykırılığını ve dolayısiyle cezalandırılabilmesini kaldırdığını söylemektedir [112].

66 — Hukuka aykırılığın mevzuunun hareket ve netice olduğu telâkkisi.

Umumiyetle cezacılar hukuka aykırı olanın fiil (fait, fatto) olduğunu, hukuka aykırılığın fiil ile norm veya hukukî nizam arasında da bir tezat münasebeti olduğunu söylemektedirler [113]. Bu mânadaki fiilin hareket ve neticeden teşekkül ettiği de umumiyetle kabul olunmaktadır. Fakat ilâve etmek lâzımdır ki, mevzu meselesi çok defa ele alınmadığı için fiil kelimesi ile neyin kasdolunduğu her zaman kolayca anlaşılamamaktadır.

Hareket veya neticenin tek başına hukuka aykırılığa mevzu olamıyacağını Moro şöyle müdafaa etmektedir [114]. Hayat kıymetlerine ta-

---

[110] NAGLER: *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit;* s. 318 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale,* s. 27).

[111] BETTIOL: *l'ordine dell' autorità nel diritto penale,* 1934, s. 77, 121. (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità,* s. 74).

[112] VANNINI: *Manuale,* s. 140.

[113] ANTOLISEI: *Manuale,* s. 96; GRISPIGNI: *Diritto penale,* c. II, s. 13; PANNAIN: *Manuale,* s. 170; RANIERI: *Diritto penale,* s. 105; SABATINI: *Istituzioni,* c. I, s. 235

[114] MORO: *l'antigiuridicita penale,* s. 27, 33.

allûku olmıyan bir istek bir şey ifade etmez. Beşerî hareket, ancak neticesi bakımındandır ki, failin içtimaî realiteler heyeti mecmuasına tesir edişini gösterir. Hukukun, muhtevası olmıyan bir şekilden ibaret telâkkisi halinde hukukun mevcudiyetinden de bahsetmemek lâzımdır. Diğer taraftan normun gayesi olan netice de tek başına bir şey ifade edemez. Zira netice, onu meydana getiren hareket bahis mevzuu olmadan nazara alınamaz. Hareket ile netice bir bütün teşkil ederler. Ayni şeyin yâni fiilin bu iki cephesi ayrı ayrı mütalâa edilebilir, fakat birbirinden parçalanıp ayrılamazlar. Hukuka aykırılığın maddî ve objektif olduğu hakkındaki nazariyeler de bu hakikati kısmen ifade etmektedirler. Filhakika maddî hukuka aykırılık neticeyi, objektif hukuka aykırılık hareketi nazara almaktadır.

Fischer, M. E. Mayer, Welzel ve Zimmerl'i de bu grupta saymak lâzımdır. Filhakika Fischer, hukuka aykırı hareket ile hukuka aykırı durum arasında tezat olmadığını, bilâkis aralarında bir bağ bulunduğunu, hareket neticesi olduğuna göre, durumların hukuka aykırılığından bahsolunabileceğini söylemektedir [115]. M. E. Mayer hareketi mükellefiyete aykırı, neticeyi hukuka aykırı kabul etmektedir [116]. Welzel de hem hareketi, hem neticeyi hukuka aykırı görmekte, çok defa birinde diğerinin bulunduğunu söylemekte, fakat bunu zarurî addetmemektedir [117]. Zimmerl ise, netice nazara alınmadan hareketin sosyal kıymeti olmıyacağı fikrindedir [118].

Carnelutti de hukuka aykırılığın mevzuunun hareket ve netice olduğu kanaatindedir. Bu müellif, hareket ile neticeyi ayni şeyin iki veçhesi olarak telâkki etmektedir. Suçtan husule gelen değişiklik, başkalarının menfaalterinin ihlâlinden ibarettir. Bunun dinamik veçhesi, harekettir, statik ceçhesi ise neticedir [119].

---

[115] FISCHER: *Die Rechtswidrigkeit,* 99 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale,* s. 29),

[116] MAYER (M. E.): *Die Schuldhafte Hendlung und ihre arten,* 106 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale,* s. 29).

[117] WELZEL: *Studien zum System des Strafrechts.* Z. f. d. ges. Strafrectwissenschaft, 1938, 523 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità,* s. 29).

[118] ZIMMERL: *Der Aufbau des Strafrechtssystem,* 46, (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale,* s. 32).

[119] CARNELUTTI: *Teoria,* s. 230.

67 — Kanaatimiz.

Biz de hukuka aykırılığın mevzuunun hareket ve netice olduğu fikrindeyiz ve fiil kelimesinin her ikisini de ihtiva edecek mânada kullanılmasına taraftarız.

Hukuk, insanların hareketlerini tanzim eder. Bu itibarla hukuka uygun veya aykırı olan bu hareketlerdir ve hareket, hukuka aykırılığın mevzuunu teşkil etmektedir. Fakat vücudün tamamının veya bir uzvunun yer değiştirmesi mânasına gelen hareketin hukukan nazara alınması, meydana getirdiği netice bakımındandır. Bir insan hareketinin doğurduğu, sebep olduğu bir netice bahis mevzuu olmalıdır ki, hukukî bir hüküm verilebilsin. Hülâsa, hukukun nazara aldığı ve aykırı diye tavsif ettiği sebeple birlikte neticedir.

Hareket ve netice suçun maddî unsurlarından ikisini teşkil etmekte ve bu sebeple mevzuumuz dışında kalmaktadırlar. Bu itibarla üzerlerinde duracak değiliz. Yalnız şu kadar söyliyelim ki, hareketin ve neticenin sadece normal insandan sâdır olması icap etmemektedir. Fiil ile faili arasında ruhî bir bağ olması kâfidir. Failin şuurunun tamam teşekkül etmemesinin, bozuk olmasının ehemmiyeti yoktur. Eğer fail fizik bir cebir altında hareket etmiş ise, isterse anormal olsun, hareketi ile kendisi arasında ruhî bir bağ olmadığı için hukukan değerlendirilebilen yâni hukuka uygun veya aykırı sayılabilen bir hareket yok demektir.

Hukuka aykırılığın mevzuunu fiil olarak kabul etmekle hukuka aykırılığın objektif mahiyetini kabul etmemek arasında bir tenakuz bulunmadığını da ilâve etmek isteriz. Mahiyet meselesinin hakikî mânasının, hukuka aykırılık ile kusurluluk arasındaki münasebetin izahı olduğu halde, mevzu meselesinin hukuka aykırılık ile maddî unsur arasındaki münasebete taallûk ettiğini evvelce de (n. 63) görmüş bulunuyoruz.

4. §

HUKUKA AYKIRILIĞIN ŞÜMULÜ

68 — Hukuka aykırılığın şümulü meselesi, 69 — Ceza Hukukuna aykırılık telâkkisi, 70 — Bütün hukuk nizamına aykırılık telâkkisi, 71 — Kanaatimiz, 72 — Hukuka aykırılığın şümulü meselesinin ehemmiyeti, 73 — Suçlar ile haksız fiiller arasında mânevi unsur bakımından mahiyet farkı olduğu telâkkisi, 74 — Suçlar ile haksız fiiller arasında maddî unsur bakımından mahiyet farkı olduğu telâkkisi, 75 — Suçlar ile haksız fiiller arasında hukuka aykırılık bakımından mahiyet farkı olduğu telâkkisi, 76 — Suçlar ile haksız fiiller arasında mahiyet farkı olmadığı telâkkisi, 77 — Kanaatimiz.

68 — Hukuka aykırılığın şümulü meselesi.

Hukuka aykırı olanın hareket ve neticeyi ifade eden fiil olduğunu ve bu fiilin kusurluluk denilen sübjektif unsurla birlikte bulunduğunu gördüktln sonra tezat münasebetinin taraflarından ikincisini, yâni neye nazaran aykırılık bahis mevzuu olduğunu tetkike başlıyabiliriz. Burada ilk iş, evvelce yaptığımız teşbihi tekrar edersek, diyebiliriz ki, elbiseyi prova etmekte kullandığımız mankenin tetkikidir. Bir kimsenin fiilinin neye aykırı olduğunu araştırmak, hukuka aykırılık tâbirindeki hukuk kelimesine verilecek mânayı araştırmak şeklinde de ifade edilebilir. Doktrinde bu mesele umumiyetle hukuka aykırılığın cezaî olup olmadığı şeklinde ele alınmıştır. Biz, hukuka aykırılık tâbirindeki hukuk kelimesinin şümulünü tayin edecek olan bu meseleye «hukuka aykırılığın şümulü meselesi» adını vermekteyiz.

69 — Ceza hukukuna aykırılık telâkkisi.

Bir fikre göre hukuka aykırılıkta bahis mevzuu olan hukuk, ceza hukukudur. İhlâl edilen veya riayet edilmiyen normlar, ceza hukuku normlarıdır.

Bu fikir taraftarlarından olan Binding'e göre ceza hukukunun doğmaması sebeplerinden biri, hareketin hukukan ehemmiyetsiz olmasıdır. Bu müellif, emir veya müsaade edilen hareketler yanında bir de hukukan ehemmiyetsiz olan hareketler kabul etmektedir [120].

Bu fikri müdafaa edenlerden Manzini de fikrini şöyle izah etmektedir [121]: mahiyeti bakımından hukukî kanuna aykırılık (illecitezza giuridica) umumî hukuk nizamı fikri gibi tektir. Fakat müsbet hukukun belli bir dalını tetkik ederken kanuna aykırılığın hangi normlara göre olduğunun belirtilmesi lâzımdır. Eğer bir fiil bütün hukukî nizam tarafından menedilmiş ise, kanuna aykırılık mutlaktır. Eğer sadece belli bir hukuk nizamı tarafından menedilmiş, diğerleri tarafından serbest bırakılmış ise, sadece menedilen nizam bakımından kanuna aykırılık vardır. Eğer mutlak surette kanuna aykırı bir fiilin, belli bir nizama göre kanuna aykırılığını kaldıran bir sebep varsa, fiil yalnız o nizam bakımından ehemmiyetsiz olur, fakat diğer nizamlar bakımından kanuna aykırı olmakta devam eder. Suça gelince, suç bir ceza kaidesinin ihlâlidir. Yâni ceza hukuku bakımından kanuna aykırılıktır. Ayni fiilin hususî hukuk

[120] BINDING: *Compendio*, s. 320; *grundriss*, § 75 (Maggiore'den naklen: *Diritto penale*, c. I, s. 292).

[121] MANZINI: *Trattato*, c. I, 73, 414.

hükümlerini, cezadan başka müeyyidesi olan sair âmme hukuku hükümlerini ihlâl etmesi de mümkündür. Bazı sebeplerin ceza bakımından kanuna aykırılığı kaldırması, bu fiilin mutlak surette, yâni bütün hukuk nizamı için meşrû sayılması demek değildir. Bunun mânası, sadece ceza hukuku bakımından fiilin alâkabahş olmaması, ehemmiyet arzetmemesi demektir. Fiil, meselâ medenî hukuk bakımından kanuna aykırı sayılmakta devam edebilecektir.

Battaglini'ye göre de ceza hukuku bakımından hukuka aykırılık ile medenî hukuk bakımından hukuka aykırılık arasında fark vardır. Birincisi objektif, ikincisi sübjektif hukuku ihlâl eder. Bazı sebeplerle, meselâ bir hakkın kullanılmasiyle hem ceza, hem de cezadan başka bakımlardan hukuka aykırılık kalkabilir. Fakat her sebep böyle değildir. Sadece ceza hukuku bakımından hukuka aykırılığı kaldıran, ceza dışı hukuka aykırılığı mahfuz tutan sebepler de vardır. Meselâ meşrû müdafaa böyle bir sebeptir. Müellif, taarruza uğrayan bir sivil lehinde meşrû müdafaada bulunmak için nöbet yerini terkeden bir askerin misalini vermekte, meşrû müdafaaya rağmen, burada bir disiplin suçunun mevcut olduğunu söylemektedir [122].

Keza cezaî hukuka aykırılık taraftarı olan Rocco da fikrini şöyle müdafaa etmektedir [123]: Bir hareketi suç saydıran onun cezaî müeyyidesi bulunan emrü nehilerle tezat münasebeti halinde olması, yâni ceza hukukuna aykırı olmasıdır. Bir hareketin suç olmasının, diğer hukukî emrü nehilere aykırı olmasiyle bir alâkası yoktur. Sair hukuka aykırı olan ceza hukukuna da aykırı oldukça suç sayılır.

Maamafih, ilâve etmek lâzımdır ki, Rocco «bir hareketin cezaî olmıyan hukuk sahasındaki bir emir veya nehye veya hukukî bir müsaadeye uygun olması, cezaî müeyyidesi olan bir emir veya nehye aykırı olmanın verdiği suç vasfını da ortadan kaldırabilir» demekle suç fiilinin cezadan başka sahalar bakımından da hukuka aykırılığını kabul etmiş bulunmaktadır.

70 — Bütün hukuk nizamına aykırılık telâkkisi.

Bir fikre göre de beraat, meşrûiyet sebepleri de denilen hukuka uygunluk sebepleri, fiili bütün hukukî nizam bakımından hukuka uygun veya meşrû kılmaktadır, yâni hukuka aykırılık bütün hukuk nizamı bakımından bahis mevzuudur.

---

[122] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 86, 117, 218.

[123] ROCCO: *l'oggetto del reato*, s. 470.

Bu fikrin de bir hayli taraftarları vardır. Meselâ Beling, kanunî tipe uygunluk ile hukuka aykırılığın ayrı şeyler olduğunu, birincisinin ceza kanunundan çıkarıldığını, fakat ikincisinin bütün ceza dışı hukukî nizam muvacehesinde elde edildiğini söylemektedir [124]. Nagler de, hukukî nizamın bir bütün teşkil ettiğini, buna aykırılığın bütün nizama aykırılık (Wolrechtswidrigkeit) olduğunu ileri sürmektedir [125]. Ranieri de fikrini şöyle müdafaa etmektedir [126]: Hukuka aykırılık sadece ceza hukuku bakımından bahis mevzuu değildir. Bir kimsenin hareket tarzı hukuka ya uygundur, ya değildir. Hukuk için ehemmiyetsiz olan bir hareket yoktur. Yalnız hukukun emrettikleri yahut müsaade ettikleri değil, yasak edilmemiş olanlar da kanuna uygundur. Kanunî tiplerin konulması, bu tiplere uymıyan hareketlerin kanuna uygunluğunun kabul edilmesi demektir. Fakat ceza hukuku bakımından fiile verilen kanuna aykırılık vasfı, kanuna aykırılığı kaldıran sebeplerin mevcudiyeti halinde olduğu gibi, bütün hukukî nizam muvacehesinde kalkabilir. Umumî kanuna aykırılıktan bahsolunması belki bir dereceye kadar doğru değildir. Fiil ile tezat halinde bulunan norm ya medenîdir, ya cezaîdir, ya idarîdir, velhasıl hukuk şubelerinin birine ait bir normdur. Bu itibarla, kanuna aykırılık da, medenî, cezaî veya idarîdir. Fakat fiilin kanuna aykırılığını kaldıran sebepler umumî mahiyettedir. Yâni bütün hukuk nizamı muvacehesinde fiilin kanuna uygunluğu bahis mevzuudur.

Bu fikir taraftarları arasında v. Liszt [127], v. Hippel [128], Florian [129] ve Antolisei [130] de vardır.

İlâve edelim ki, doktrin, fiilin sadece tipe uymasının tesirlerini de tetkik etmiş ve farklı neticelere varmıştır. Beling'e göre [131], tipe uygunluğun hukuka aykırılık bakımından hiç bir ehemmiyeti yoktur. Moro, tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki farkı kabul etmemek ve hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerin mevcudiyeti halinde önceden dahi hukuka

---

[124] BELING: *Die Lehre vom Verbrechen,* 145, 166 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale,* s. 128).

[125] NAGLER: *Die heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit.* Festgabe für Binding. s. 360. (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità,* s. 27).

[126] RANIERI: *Diritto penale,* s. 110.

[127] V. LISZT: *Traité,* s. 206.

[128] V. HIPPEL: *Manuale,* s. 154.

[129] FLORIAN: *Trattato,* c. I, s. 410.

[130] ANTOLISEI: *Manuale,* s. 95.

[131] BELING: *Die Lehre vom Tatbestand,* s. 17 (Mezger'den naklen: *Diritto penale,* s. 202).

aykırılık mevcut olmadığını söylemek [132] suretiyle ayni neticeye varmaktadır. M. A. Mayer'e göre de tipe uygunluk, hukuka aykırılığın bir alâmeti, bir ratio cognoscendi'sidir. Buna mukabil Mezger tipe uygunluğu, hukuka aykırılık sebebi bulunmaması kaydiyle, hukuka aykırılığın müessir sebebi ve ratio essendi'si saymaktadır [133].

Yine ilâve edelim ki, «suçun bütün hukuka aykırı olduğu prensibi 1913 tenberi yapılan bütün Alman ceza kanunu tasarılarında tasrih edilmiştir [134].

Fransız kanunu, kanunun emrini sadece adam öldürme ve müessir fiillerde meşrûiyet sebepleri arasında saymakta iken (m. 327) 1938 projesi bunu umumî bir sebep haline getirmiştir (m. 113). 1889 İtalyan ve 1926 Türk kanunları «kanunun hükmü» dolayısiyle işlenen fiillerden dolayı ceza verilmiyeceğini tasrih etmişlerdir (m. 49). Yeni İtalyan kanunu daha açık olarak bir hukukî kaidenin koyduğu mükellefiyeti icra ederken yahut bir hakkı kullanırken işlenen fiillerden dolayı, ceza verilmiyeceğini söylemektedir (m. 51). 1937 İsviçre Kanununda da, «kanunun» müsaade ettiği veya cezalandırılmadığını söylediği hareketlerin suç sayılmıcağı açıkça gösterilmiştir (m. 32). İsviçre doktrini kanunu, hukuk kaideleri mânasına almış ve her türlü hukuk kaidelerinin suçluluk vasfını kaldıracağını kabul etmiştir [135].

71 — Kanaatimiz.

I. Hukuka aykırılığın sadece ceza hukuku bakımından olduğu tezi kanaatimizce ikna edici değildir.

a) Ceza hukuku bakımından aykırı fiilin aykırılığını kaldıran sebeplerin mevcudiyeti halinde, fiilin diğer hukuk dalları bakımından uygunluğunu kabul etmemek için, başka bakımdan aykırılığı devam eden bu fiillerin ceza hukuku bakımından ehemmiyetsiz olduğu söylenmiştir. Halbuki Mezger'in [136], von Hippel [137]'in ve Maggiore'nin [138] dedikleri

---

[132] MAYER (M. E.): *Lehrbuch*, s. 4, 10, 52, 182 (Mezger'den naklen: *Diritto penale*, s. 202).

[133] MEZGER: *Diritto penale*, s. 201.

[134] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 157.

[135] LOGOZ: *Commentaire*, s. 126; THORMAN - VON OVERBECK: *Das Schweizerische Strefgesetzbuch*, s. 136 (Logoz'dan naklen: *Commentaire*, s. 126)

[136] MEZGER: *Diritto penale*, s. 181.

[137] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 153.

[138] MAGGIORE: *Diritto penale*, c. I, s. 292.

gibi, bir fiil hukuka ya uygundur, ya değildir, yâni aykırıdır. İkisi arasında, hukuk için alâkabahş olmıyan, ehemmiyetsiz olan bir fiil olamaz. Hukukun yalnız emir ve müsaade ettikleri değil, fakat yasak etmedikleri de hukuka uygundur. Ceza hukuku bakımından vaziyet daha da sarihtir. Ranieri [139] ile birlikte biz de diyeceğiz ki, ceza hukuku suç sayılan fiilleri tipler halinde tasrih ve tavsif etmek suretiyle kanunî tipe uymıyan fiillerin ceza bakımından kanuna uygunluğunu kabul etmiş olmaktadır. Bir fiil ceza hukuku bakımından ya uygundur, ya aykırıdır. İkisinin dışınca ceza hukukunu alâkadar etmiyen bir fiil tasavvur olunamaz.

b) Bir hukuk dalı bakımından aykırı olanın diğer bir dal bakımından da aykırı olması zarurî olmamakla beraber, ceza hukuku için fiili meşrû kılan sebebin, ceza hukukundan başka sahalarda tesiri olmıyacağı iddiası da kabul edilemez. Suça tipiklik ve cezalandırılabilme unsurlarını kaldıran sebeplerin, ceza dışı hukuka aykırılığı kaldırmıyacağı söylenebilir. Fakat bunların haricinde bir de hukuka aykırılık unsuru kabul edildikten sonra bu unsuru kaldıran yâni fiilli hukuka uygun yapan sebebin tesirinin bütün hukuk nizamı içindeki şümulünü tanımamak, Ranieri'nin de dediği [140] gibi, hukukî nizamın birliğini tanımamak olur. Eğer bir sebep, suçu ortadan kaldırdığı halde fiil hukuka aykırı olmakta devam ediyorsa, o sebebi hukuka aykırılık unsurunu kaldıran bir sebep olarak telâkki edemeyiz. Bu takdirde suçun başka bir unsurunu kaldıran sebep karşısında bulunuyoruz, demektir.

II. Kanaatimizce hukuka aykırılık, bütün hukuk nizamı bakımından bahis mevzuu olabilir.

Suç tiplerinin kanunda tasrih edilmesi hangi fiillerin hangi şartlarla suç sayıldığını göstermek içindir. Tabiî görüldüğü için bu tiplerde tasrih edilmiyen fakat dahil bulunan bir şart da o fiilin hukuk nizamı tarafından emir ve tecviz edilmemesi yâni hukuka uygun sayılmaması, bir başka söyleyişle, hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut bulunmamasıdır. Bir taraftan tipte tasrih edilen hususların tahakkuk etmesiyle ceza normu bakımından bir aykırılık meydana gelmekte [141], diğer taraftan da baş-

---

[139] PANIERI: *Diritto penale,* s. 110.

[140] RANIERI: *Diritto penale,* s. 110.

[141] Tipe uygun fiilden bahsolunmadığına sadece tipte tasrih olunan hususlara işaret olunduğuna dikkati çekmek isteriz. Tasrih edilmeden hukuka uygunluk unsuru da tipte dahil olduğu için (n. 55) tipe tamamen uygun fiilin, kısmen dahi hukuka aykırı olmamasına imkân yoktur.

ka hukuk kaideleri de o fiili tecviz etmedikleri için ceza dışı hukuk bakımından da aykırılık mevcut sayılmaktadır. Her ikisinden meydana gelen hukuka aykırılığın, bütün hukukî nizam muvacehesinde aykırılık olduğu böylece meydana çıkmaktadır. Riyazî bir düsturla fikrimizi şöylece ifade etmek mümkündür:

Ceza hukukuna aykırılık + Ceza dışı hukuka aykırılık = Bütün hukuka aykırılık.

İlâve edelim ki, fiilin bütün hukuk nizamı bakımından aykırılığı ile, ceza hukukunun müeyyidelendirici olmak vasfı arasında sıkı bir alâka vardır. Cezaî hukuka aykırılık ile, ceza dışı hukuka aykırılık arasında mahiyet farkı görenlerin yâni ceza hukukunun müeyyidelendirici olmak vasfını kabul etmiyenlerin, ceza dışı hukuka aykırılığı kabul etmelerine imkân yoktur. Çünkü bunlar ceza dışı hukuka aykırı olmadığı halde, sadece ceza hukukuna aykırı olan suçların mevcudiyetini kabul etmektedirler. Delitala'nın yaptığı gibi [142], bir taraftan böyle suçların mevcudiyetini ileri sürmek, diğer taraftan hukuka aykırılığı ceza dışı kabul etmek, Grispigni [143] ile birlikte söyliyelim ki, tezada düşmekten başka bir şey değildir.

III. — Yukarıda arzettiğimiz sebepler, tipe uygunluğun tesirsiz olduğu, veya hukuka aykırılığın mevcudiyeti sebebini teşkil ettiği tezlerini niçin kabul edemediğimizi de göstermektedir. Hukuka aykırılığın iki unsuru olduğuna ve tipte tasrih edilen hususların tahakkuku ile sadece ceza hukuku bakımından aykırılık meydana geldiğine göre, ceza dışı hukuka aykırılığın da tahakkukuna bakmadan bir hüküm vermeğe imkân görememekteyiz. Bu ikinci araştırmanın kolay olmadığı muhakkaktır. Bunun içindir ki bazı hukuka uygunluk halleri tiplere irca edilmiş ve bunlara ceza kanunlarında yer verilmiştir. Tatbikatta çok defa ceza dışı hukuka aykırılık araştırılmamakta, hukuka uygunluk sebebi olmamasiyle iktifa edilmektedir.

Moro'nun, hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerin mevcudiyeti halinde zaten hakikî hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine biz başka yoldan varmaktayız, Bu hallerde, ceza normunda tasrih edilen hususların tahakkukundan doğan ceza hukukuna aykırılık mevcut ise de hukuka aykırılık yalnız bundan müteşekkil olmadığına göre ortada tam ve hakikî bir hukuka aykırılık mevcut bulunmamaktadır (n. 115).

---

[142] DELITALA : *Il fatto.* (Grispigni'den naklen : *Diritto penale,* c. II, s. 14).

[143] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. II, s. 14.

Vardığımız bu neticeden, yâni hukuka aykırılığın umumîliğinden suçun hukuka aykırılığına tesir eden sebeplerin mevcudiyeti halinde fiilin bütün hukuk nizamı bakımından da hukuka uygun sayılacağı neticesini acaba çıkarabilir miyiz? Bir misalle belirtelim: Suç tipinde tasrih edilen bir fiilin idare hukuku tarafından emir veya tecviz edilmiş olması halinde acaba sadece ceza ve idare hukuku bakımından mı hukuka uygunluk vardır, yâni fiil medenî hukuk bakımından haksız fiil sayılacak mıdır, yoksa ortada haksız fiil de mi yoktur?

Meselenin ehemmiyeti, hukuk umumî nazariyesine ait olsa dahi, üzerinde ayrıca durulmasını gerektirmektedir. Onun içindir ki müteakip bölümde, bilhassa haksız fiillerle suçlar arasında mahiyet farkı olup olmadığı meselesi hakkındaki çeşitli fikirleri kısaca gözden geçireceğiz.

72 — Hukuka aykırılığın şümulü meselesinin ehemmiyeti.

Kanaatimizce, şümul meselesinin asıl ehemmiyeti, bir hukuk dalı tarafından emir veya tecviz edilmesi suretiyle suçun hukuka aykırılığına tesir eden sebepler mevcut olduğu zaman, fiilin başka hukuk dalları bakımından hukuka aykırı sayılabilip sayılamıyacağının tesbiti noktasında toplanmaktadır. Bu tesbit işi, suç umumî nazariyesinin değil, hukuk umumî nazariyesinin çerçevesine giren bir meselenin halline bağlıdır. Bu mesele de müeyyidesi ceza olan hukuka aykırı fiil yâni suç ile, cezadan başka müeyyideleri bulunan sair hukuka aykırı fiiller ve bilhassa haksız fiiller arasındaki münasebetin tâyini meselesidir.

Müeyyidesi ceza olan hukuka aykırılığa «cezaî hukuka aykırılık» demek de mümkündür. Yalnız, bu tâbir ile fiilin, hukuka aykırılık unsurunu da ihtiva eden kanunî tipe uygunluğunun, yâni müşahhas suçun kasdedildiğini belirtmekte fayda vardır. «Ceza hukukuna aykırılık» ise başka şeydir. Bu tâbirle ifade ettiğimiz şey (n. 71), fiilin, hukuka aykırılığı ihtiva etmiyen bir tipe uygunluğudur, suçun hukuka aykırılığının ancak bir kısmıdır.

Hukuka aykırılığı bir suç sayıp, hakikî suça, cezaî suç demek ve medenî, idarî, malî vesair suçlarla mukayese etmek de mümkündür. Keza ceza dışı suçların en ehemmiyetlisini haksız fiiller teşkil ettiğinden haksız fiil tâbirinin mânasını biraz genişletmek suretiyle, mukayesenin suçlarla haksız fiiller arasında yapılması da mümkündür. Bu tâbirlere daha alışık olduğumuz için, biz bu sonuncu yolu tutmayı tercih etmiş bulunuyoruz.

Suçlar ile haksız fiiller arasında fark olup olmadığını araştıranları iki büyük grupa ayırabiliriz:

1) Bazılarına göre suç ile haksız fiil arasında mahiyet farkı vardır.

Bu fikir taraftarlarını da, ileri sürdükleri farkların mânevî veya maddî unsurlara veya hukuka aykırılık unsuruna taallûk etmelerine göre üç grupta toplamak mümkündür.

2) Bazılarına göre de suç ile haksız fiil arasında mahiyet farkı yoktur. Fark, yalnız müeyyide bakımındandır.

73 — Suçlar ile haksız fiiller arasında mânevî unsur bakımından mahiyet farkı olduğu telâkkisi.

Müeyyidesi ceza olan hukuka aykırı fiiller ile sair hukuka aykırı fiiller arasındaki farkı mânevî unsurda görenler, bu farkı çeşitli yollarla belirtmeğe çalışmışlardır:

a) Hegel'in ortaya attığı nazariyeye göre [144], suçun mânevî unsuru kasıttır. Haksız fiilin mânevî unsuru ise taksirdir, hattâ bazan kusursuz, objektif olduğu da vâkidir. Bu nazariye Almanyada Michelet Walther, İtalyada Brunetti tarafından müdafaa edilmiştir. Fichte, Köstlin ve Puchta'nın fikirleri de aslında bu nazariyeden farklı değildir [145]. Donnnedieu de Vabres de bu fikirde sayılabilir. Hattâ bu müellif istisnaen taksirin kabul edildiği suçlarda dahi suç taksiri ile haksızlık taksiri arasında fark olduğu kanaatindedir [146].

b) Bazılarına göre suçta cezaî kusur, haksız fiilde medenî kusur bahis mevzuudur. Berner [147], Hälschner [148] bu fikirdedir.

c) Bazılarına göre suç hukuka kusurlu aykırılıktır, haksız fiil ise objektif yâni kusursuz yahut kusura sadece tavsifi bakımından ehemmiyet verilen bir aykırılıktır. Liepmann mükellefiyete aykırılık «Pflichtwidrigkeit» nazariyesiyle [149] bu farkı ileri sürmektedir. Evvelce de kısmen gördüğümüz gibi (n. 59), bu nazariye, suçlardaki hukuka aykırılığı, hukukî mükellefiyete riayetsizlik ile izah etmekte ve suçun özünü

---

[144] HEGEL: *Grundlinien der Philosophie der Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, § § 82 ve son. (Florian'dan naklen: *Trattato*, c. I, s. 5; keza Rocco: *l'oggetto del reato*, s. 414)

[145] ROCCO: *l'oggetto del reato*, s. 414.

[146] DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, s. 80, 88.

[147] BERNER: *Trattato*, s. 33.

[148] HÄLSCHNER: *Deutsches Strafrechts*. Bd. I, 1881, s. 25 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato*, s. 415).

[149] LIEPMANN: *Einleitung in das Strafrecht*. 1900, s. 17 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato*, s. 137).

kusur ve harekette bulmaktadır. Buna mukabil haksız fiilin bir hukukî mükellefiyetin ihlâli yahut bir hareket olması lâzım değildir. Haksız fiilin hakikî muhtevası, özü, hususî hukuku, bir menfaati ihlâl eden bir fiilî durumun mevcudiyetinden ibarettir.

Binding [150] ve M. E. Mayer [151] de bu tezi müdafaa edenler arasındadır. Garraud [152] da bu fikir taraftarlarındandır.

74 — Suçlar ile haksız fiiller arasında maddî unsur bakımından mahiyet farkı olduğu telâkkisi.

Bazılarına göre de müeyyidesi ceza olan hukuka aykırı fiiller ile sair hukuka aykırı fiiller arasındaki fark maddî unsurlarda kendini göstermektedir.

a) Bir fikre göre, suçtan husule gelen zararın tamir edilebilip edilememesi, ayırıcı kıstası teşkil etmektedir. Suçlarda zarar tamir edilemez, haksız fiillerde ise edilebilir. Bu fark bilhassa İtalyan müellifleri arasında revaç bulmuştur. Carrara [153], ve Pessina [154]'yı misal olarak gösterebiliriz. Türkiyede Prof. Kantar [155] da bu tezi benimsemiştir.

b) Bir fikre göre de zararın tamir edilebilirliği veya edilemezliği potansiyel bakımından tayin edilecektir. Suçlarda husule gelen zarar, a priori ve potansiyel olarak tamir edilmez bir zarardır. Buna mukabil haksız fiilden, potansiyel olarak da, hakikaten de tamir edilebilen bir zarar meydana gelir

Stahl'ın ileri sürdüğü fikir budur [156].

c) Bir diğer fikre göre de suç içtimaî ve umumî bir zarar meydana getirir. Haksız fiilin zararı ise ferdî ve hususîdir. Bu fikre pek açıkça olmasa bile bir çok müelliflerde rastlarız. Misal olarak Rossi [157], Vidal

[150] BINDING : *Die Normen und ihre Übertretung.* Bd. I, 2. Aufl. s. 310 (Rocco'dan naklen : *l'oggetto del reato,* s. 137).

[151] MAYER (M. E.) : *Die Schuldhafte Handlung und ihre arten im Strafrecht.* 1901, s. 3 (Rocco'dan naklen : *l'oggetto del reato,* s. 137).

[152] GARRAUD : *Précis,* s. 82.

[153] CARRARA : *Programma,* c. I, § 14.

[154] PESSINA : *Elementi,* c. I, s. 152.

[155] KANTAR : *Ceza hukuku,* s. 6.

[156] STAHL : *Die Philosophie des Rechts.* § 185 (Rocco'dan naklen : *l'oggetto del reato,* s. 420).

[157] ROSSI : *Traité,* c. I, s. 172.

ve Magnol [158] ve Donnedieu de Vabres [159]'i de zikredebiliriz. Sayın Hocamız Taner [160] de «fiilin husule getirdiği zarar içtimaî heyeti müteessir etmişse, âmmenin intizam ve sükûnunu muhafaza için cezaî müeyyideye müracaat edilmek zarurîdir» demekle içtimaî zarar kıstasını kabul etmiş sayılabilir. İlâve edelim ki, hocamız «Suçların cezalandırılması için zarar husule gelmesi şart değildir» derken hususî ve ferdî zararı kasdetmiştir. Suçta devlet menfaatinin, haksız fiilde hususî menfaatin ihlâl edildiği kanaatinde olan Bettiol [161]'u, suçta âmme nizamının, haksız fiilde hususî menfaatin ihlâl edildiğini söyliyen R. Saleilles [162]'i bu grupta saymak mümkündür.

ç) Bilhassa Rocco'nun ileri sürdüğü bir fark da, ilerde yeni suçların işlenmesi ihtimalinden ibaret olan içtimaî bir tehlikenin meydana gelip gelmemesi bakımındandır. Suç, dolayısiyle bir içtimaî tehlike meydana getirir. Haksız fiillerde ise böyle bir tehlike meydana gelmemektedir[163].

75 — Suçlar ile haksız fiiller arasında hukuka aykırılık bakımından mahiyet farkı olduğu telâkkisi.

Umumiyetle maddî unsurlara taallûk edenler arasında sayılan bu farkları biz, hukuka aykırılık unsuruna taallûk ettiğini belirtecek şekilde tasnif etmeyi muvafık bulmaktayız. Filhakika bu farkların hepsi, fiilin ihlâl ettiği veya failin riayet etmediği hukuk kaidelerinin farklı oluşuna dayanmaktadır.

a) Bazılarına göre, suç hukuka mutlak aykırılık, mutlak haksızlıktır. Haksız fiil ise nisbî aykırılık, nisbî haksızlıktır. Birincisi her hal ve kârdadır. İkincisi ise muayyen hal ve şartlardadır. Birincisi istisna kabul emtiyen, ikincisi istisna kabul eden normların ihlâlidir. Bu fikir bilhassa Unger [164], Stahl [165] tarafından müdafaa edilmiştir.

---

[158] VIDAL ve MAGNOL : *Cours*, s. 66.

[159] DONNEDIEU DE VABRES : *Traité*, s. 88.

[160] TANER : *Ceza Hukuku*, s. 10, 82.

[161] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 143.

[162] SALEILLES (R.) : *Borcun genel teorisi hakkında etüd*. İstanbul, 1949, s. 400.

[163] ROCCO : *L'oggetto del reato*, s. 426.

[164] UNGER : *System d. Österr. Privatrechts*, 1892, § 109 (Rocco'dan naklen: *L'oggetto del reato*, s. 416)

[165] STAHL : *Die Philosophie des Rechts*, Bd. II, 3. Auflt., s. 695 (Rocco'dan naklen: *L'oggetto del reato*, s. 416).

b) Bazılarına göre suç hukuka müsbet aykırılık, müsbet haksızlıktır. Haksız fiil ise menfî haksızlıktır. Birincisi bir yasağa, ikincisi emre dayanır. Bilhassa Heysler [166] bu fikri benimsemiştir.

c) Bazılarına göre de malî menfaatleri himaye eden normların ihlâl edilmiş olup olmadığına bakmalıdır. Binding bu kıstası kabul edenler arasındadır [167].

ç) Bazıları da suçun âmme hukuku, haksız fiilin hususî hukuk normlarını ihlâl ettiğini söylemişlerdir. Binding bu farkı da kabul edenlerdendir [168].

d) Bazılarına göre suç aynî hakların, haksız fiil borçlar hukukunun ihlâlidir [169].

e) Bazılarına göre suç sadece objektif hukukun ihlâlidir. Haksız fiil, yalnız veyahut fazla olarak bir sübjektif hakkın ihlâlidir. Hälschner bu fikri müdafaa etmiştir [170].

f) Bazılarına göre suç sübjektif âmme haklarını, haksız fiil ise sübjektif hususî hakları ihlâl eder. Suçun ihlâl ettiği sübjektif âmme haklarından maksat, devletin müeyyidesi ceza olan emir ve yasaklarına itaat isteme hakkı olduğu da tasrih olunmaktadır. Binding bu farkı da kabul etmiştir [171].

g) Bazılarına göre [172] suç hukukun doğrudan doğruya, haksız fiil ise dolayısiyle ihlâlidir. Bir diğer söyleyişle, suç devletin iradesini doğrudan doğruya ihlâl eder, haksız fiil ise, zarar görenin hususî iradesine

---

[166] HEYSLER: *Das Civilunrecht und seine formen.* 1870, (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato*, s. 417).

[167] BINDING: *Die Normen.* Bd. I, § 39, s. 250 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato*, s. 417).

[168] BINDING: *Die Normen.* Bd. I,, § 39 (Maggiore'den naklen: *Diritto penale*, c. I, s. 194).

[169] Bu hususta bak.: BRUNETTI: *Delitto civile*, s. 282 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato*, s. 418).

[170] HÄLSCHNER: *System des Preussischen Strefrecht*, 1858, c. I, s. 1 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato*, s. 124).

[171] BINDING: *Die Normen*, Bd. I. 1890, s. 298 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato*, s. 419):

[172] HÄLSCHER: *Das Gemeine deutsche Strafrecht.* 1881, c. I, s. 27, 452 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato.* 419).

vâki tecavüz sebebiyle yâni dolayısiyle devlet iradesine karşı bir tecavüzdür.

h) Bazılarına göre [173] suç bütün vazifeleri bakımından devlete karşı bir vazifenin ihlâlidir, haksız fiil ise belli bir vazife bakımından devlete karşı vazifenin ihlâlidir.

76 — Suçlar ile haksız fiiller arasında mahiyet farkı olmadığı telâkkisi.

Bir çok müellifler de müeyyidesi ceza olan hukuka aykırılıklar ile sair hukuka aykırılıklar arasında mahiyet farkı olmadığı kanaatindedirler. Bunlara göre keyfiyet farkı yoktur. Mevcut fark sadece kemmîdir, müeyyide farkıdır.

Bu fikri ortaya atanlardan biri Merkel olmuştur [174]. Von Liszt [175] ve von Hippel [176] onu takip etmişlerdir. Bugün Almanyada hâkim olan fikir budur. İtalyada da bu fikrin bir hayli taraftarı vardır. Manzini [177], Carnelutti [178], Maggiore [179], Antolisei [180], Vannini [181] ve Grispigni [182] bu meyandadır. «Suç haksız fiildir, fakat haksız fiiller yalnız suçlardan ibaret değildir» diyen hocamız Tahir Taner [183] de, suçlarla haksız fiiller arasında mahiyet farkı olmadığını belirtmiş olmaktadır. Fransada Garraud da cezaî suçlar ile medenî suçlar arasındaki farkın sadece müeyyidede olduğu fikrindedir [184].

Bu fikri tenkit edenler, ayni şeyin iki farklı netice çıkarmasının yâni biri ceza, diğeri tazmin olan iki müeyyidenin izah edilemiyeceğini söy-

---

[173] BONUCCI : *Il reato come illecito e come fatto punibile.* Rivista di diritto e procedura penale, 1919. fas. 5 - 6. (Maggiore'den naklen : *Diritto penale;* c. I, s. 196.

[174] MERKEL : *Kriminalistische Abhandlungen.* Bd. I, (Rocco'dan naklen : *l'oggetto del reato,* 422; keza Florian : *Trattato,* c. I, s. 7).

[175] V. LISZT : *Traité,* s. 281.

[176] V. HIPPEL : *Manuale;* s. 8.

[177] MANZINI : *Trattato;* c. I, s. 89.

[178] CARNELUTTI : *Lezioni,* s. 32, 94.

[179] MAGGIORE : *Diritto penale,* s. 197.

[180] ANTOLISEI : *Elementi,* s. 47.

[181] VANNINI : *Manuale,* s. 63.

[182] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. I, s. 151.

[183] TANER : *Ceza Hukuku,* s. 83.

[184] GARRAUD : *Traité,* c. II, s. 1; *Précis,* s. 324.

lemektedirler. Buna bazan, ceza ile tazmin arasındaki farkın da zahirî olduğu cevabı verilmektedir. Merkel [185], v. Liszt [186], Willems [187] ve Huguenеy [188]'e göre zararın ödenmesi bir nevi cezadır. Welcher [189], ve Frank [190] gibi bazıları da cezayı bir tazmin şekli addederler.

Florian [191] da tatbikatta bu iki müessese arasında sarih bir fark yapılamadığını göstermek için şahsî dâva müessesesinin mevcudiyetini ve tazminatı ceza addeden doktrini misal vermektedir.

Müeyyidelerin taaddüdünü, normların taaddüdü addederek umumî hukuka aykırılığı kabul etmiyen Petrocelli [192]'nin dahi cezaî hukuka aykırılıkla ceza dışı hukuka aykırılı karasındaki farkı, sadece müeyyide ile izah etmesi de dikkate şayandır.

Ranieri de [193], cezaî kanuna aykırılık ile ceza dışı kanuna aykırılık arasındaki farkları, şeklî bakımdan cezaî müeyyidesi olmak, esas bakımından daha müessir himayeye lâyık görülmek, gaye bakımından suç failinin şahsiyetinin bir ifadesi olarak alınmak ve faili korkutmak ve ıslah etmek istemek diye saymakla mahiyet farkı olmadığını ifade etmiştir.

77 — Kanaatimiz.

Biz de şahsan cezaî hukuka aykırılık ile ceza dışı hukuka aykırılık arasında mahiyet farkı olmadığı kanaatindeyiz. Görüşümüzü izaha, mahiyet farkını isbat için ileri sürülmüş olan delilleri reddetmek ile başlıyacağız.

---

[185] MERKEL: *Kriminalistische Abhandlungen.* c. I, s. 57, 59 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato,* s. 423; keza Florian: *Trattato,* c. II, s. 768).

[186] V. LISZT: *Die Deliktsobligationen im System der bürgerlichen Gesetzbuch.* 1898, s. 3, (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato,* s. 423).

[186] WILLEMS: *Essai sur la responsabilité civile,* 1896, s. 72, (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato,* s. 423).

[188] HUGUENEY: *l'ideé de la peine privée en droit contemporain,* 1904, s. 251, (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato,* s. 423).

[189] WELCHER: *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafrecht.* 1813, s. 249, (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato,* s. 424).

[190] FRANK: *Philosophie du droit pénale.* Paris, 1880, s. 89, 154.

[191] FLORIAN: *Trattato,* c. I, s. 4.

[192] PETROCELLI: *Principii,* s. 102; *l'antigiuridicità,* s. 26.

[193] RANIERI: *Diritto penale,* s. 85.

I. Suçlar ile haksız fiiller arasında mânevî unsur bakımından mahiyet farkını (n. 73) kabul etmiyoruz:

a) Suçların kasitle, haksız fiillerin taksirle veya kusursuz işlendiği tezinin müsbet hukukla tezat halinde olduğu âşikârdır. Filhakika bugün taksirli suçlarla kasitli haksız fiillerin mevcudiyeti bu tezin kabulüne mani bulunmaktadır.

b) Kusurun cezaî ve medenî diye iki çeşiti olduğu fikri de kabul edilemez. Zira meselâ Grispigni [194]'nin, Manzini [195]'nin ve Rocco [196]-nun da belirttikleri gibi, ceza hukukundaki kusur mefhumu ile cezadan gayri hukuktaki kusur mefhumu mahiyet itibariyle birbirinden farklı değildir. Maggiore'nin tebarüz ettirdiği gibi [197] de, cezaî ve medenî kusuru birbirinden ayıracak kıstas da gösterilmiş değildir.

c) Haksız fiilde kusurun kurucu bir rolü olmadığı iddiası da müsbet hukukla tezat halindedir. Borçlar Kanunumuzun 41 inci maddesinde kasıt ve taksir yani kusur haksız fiilin esaslı bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Medenî hukukta kabul olunan objektif mesuliyetten ne anlamak lâzım geldiğini evvelce görmüş bulunuyoruz (n. 62).

İlâve edelim ki, suçların ancak kasıtla işlenmesi, taksirin her zaman kâfi sayılmaması bir fark sayılmamalıdır. Zira biz şu veya bu suç veya haksız fiildeki kusuru değil, bütün suç ve haksız fiillerin unsuru olan kusuru tetkik etmekteyiz.

II. Suçlar ile haksız fiiller arasında maddî unsur bakımından mahiyet farkı olduğunu da (n. 74) kabul etmemekteyiz:

a) Zararın tamir edilebilip edilememesi kıstası kanaatimizce kabul edilemez. Çünkü Rocco [198] ve Maggiore [198]'nin de işaret ettikleri veçhile, malî zararlar tamir edilebilir, malî olmıyan zararlar tamir edilemez deniyorsa, malî zarar yapan suçların, manevî zarar meydana getiren haksız fiillerin bulunduğunu hatırlatmak kâfidir. Eğer malî olmıyan zararlar da tamir edilebilir addolunuyorsa, o zaman tefrikin bir kıymeti kalmamaktadır.

---

[194] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. I, s. 151.

[195] MANZINI : *Trattato,* c. I, s. 135, 487.

[195] ROCCO : *L'oggetto del reato,* s. 414.

[195] MAGGIORE : *Diritto penale,* s. 197.

[198] ROCCO : *L'oggetto del reato,* s. 420.

[199] MAGGIORE : *Diritto penale;* c. I, s. 195.

b) Zararın potansiyel bakımdan tamir edilip edilmemesi kıstası da kabul olunamaz. Çünkü yine Rocco ile birlikte [200] söyliyelim ki, bir zarar hakikaten ya tamir olunur, ya olunamaz. Potansiyel bakımdan tamir edilmez zarar bu itibarla mevcut değildir. Eğer tamir olunamazlık ârızî sebeplerden ileri geliyorsa bu takdirde de hakikî bir kıstas yok demektir. Nihayet, zararın tazmin edilmesi halinde suçun ortadan kalkmaması da bu tezin müsbet hukuka uymadığını göstermektedir.

c) Suçun içtimaî ve umumî, haksız fiilin ferdî ve hususî zarar meydana getirdiği fikri de kabul olunamaz. Zarar kelimesiyle hareketten doğrudan doğruya meydana gelen zarar kasdolunuyorsa, içtimaî olmıyan zarar husule getiren suçların mevcudiyetini de unutmamak lâzımdır. Keza içtimaî zarar husule getiren haksız fiiller de mevcuttur. Eğer zarar kelimesiyle hareketten dolayısiyle husule gelen zararlar kasdolunuyorsa bu takdirde her hukuka aykırılığın hukuk kaidelerini ihlâl etmesi bakımından içtimaî bir zarar husule getirdiğini söylemek mümkündür.

ç) Suçun içtimaî tehlike meydana getirdiği, haksız fiilde ise böyle bir tehlike olmadığı fikri de kabul olunamaz. Zira bir kere, bu fikri ileri süren Rocco'nun da itiraf ettiği gibi [201], içtimaî tehlikenin ne vakit mevcut olduğunu gösteren kesin bir kıstas mevcut değildir. Diğer taraftan haksız fiillerin dahi içtimaî bir tehlike doğurduğu itirazı, haklı olarak, ileri sürülmüştür [202].

III. Suçlar ile haksız fiiller arasında hukuka aykırılık bakımından mahiyet farkı (n. 75) olmadığı kanaatindeyiz.

a) Mutlak kaidelerin ihlâlinin suç, nisbî kaidelerin ihlâlinin haksız fiil olduğu tezi kabul edilemez. Zira istisnası olmıyan mutlak hukuk kaidesi yoktur, içtimaî ihtiyaçlar bakımından zarurî olan normlar ayni zamanda nisbîdirler ve ihtiyaçlara göre değişirler [203].

b) Suçun müsbet, haksız fiilin menfi olduğu iddiası da realitelere uymamaktadır. İhmalî suçlar gibi icraî haksız fiiller de mevcuttur.

c) Malî menfaatleri himaye eden normların ihlâlinin haksız fiil teşkil etitği ve malî menfaatten gayri normların ihlâlinden suçun meydana geldiği fikri de müsbet hukuk muvacehesinde reddolunmak lâzım gelir.

---

[200] ROCCO: *L'oggetto del reato*, s. 420.

[201] ROCCO: *l'oggetto del reato*, s. 433.

[202] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. I, s. 153; VANNINI: *Manuale*, s. 63.

[203] FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 6; MAGGIORE: *Diritto penale*, c. I, s. 196.

Zira, bir taraftan malî menfaatleri himaye eden suçlar, diğer taraftan gayri malî (mânevî) menfaatleri himaye eden normları ihlâl eden haksız fiiller mevcuttur [204].

ç) Suçun âmme hukuku normunu ihlâl ettiği tezi de kabul olunamaz. Zira, âmme hukuku normlarını ihlâl ettiği halde suç sayılmıyan fiiller olduğu gibi, tamamen şahsî menfaatlere tecavüzden ibaret suçlar da vardır [205]. Hattâ Binding [206] ve Ferrini [207] gibi bazı cezacılar her normun âmme hukuku normu olduğunu söylemek suretiyle, âmme hukuku ve hususî hukuk farkını tanımamaktadırlar.

d) Ayni hakların ihlâlinden suçların, borçlar hukukunun ihlâlinden haksız fiillerin doğduğu fikri de müsbet hukukla tezat halindedir. Ayni hakları ihlâl eden haksız fiiller gibi, borçlar hukukunu ihlâl eden suçlar da mevcuttur.

c) Objektif ve sübjektif hukuk ihlâli kıstası da kabul olunamaz. Objektif hukuk olmadan sübjektif hak mevcut olamaz. Sübjektif haksız objektif hukuk da yoktur. Şu halde her sübjektif hakkın ihlâli, ayni zamanda objektif hukukun da ihlâlidir [208].

f) Sübjektif hakların âmmeye ve fertlere taallûk ettiğine dayanan tefrik de pek haklı olarak tenkit edilmiştir. Ferri sübjektif hakkın objektif hukuktan çıktığını belirttikten sonra, devlet kanunu çıkardıktan sonra mı suçlu karşısında böyle bir sübjektif hakka sahip oluyor, diye sormakta ve suçluları cezalandırmak devletin yalnız hakkı değil, ayni zamanda vazifesidir, demektedir [209].

Keza, denilebilir ki, hususî sübjektif hakları ihlâl eden suçlar gibi devletin itaat isteme hakkını ihlâl etmekle beraber suç sayılmıyan âmme hukuku aykırılıkları da mevcuttur [210].

---

[204] ROCCO : *L'oggetto del reato,* s. 417.

[205] MAGGIORE : *Diritto penale,* c. I, s. 195.

[206] BINDING : *Die Normen,* Bd. I, s. 255, (Rocco'dan naklen : *L'oggetto del reato,* s. 417).

[207] FERRINI : *Delitti e quasi delitti.* Digesto italiano, s. 470.

[208] MANZINI : *Trattato,* c. I, s. 133; MAGGIORE : *Diritto penale,* c. I, s. 194; ROCCO : *L'oggetto del reato,* s. 418.

[209] FERRI : *Principii,* s. 119.

[210] ROCCO : *L'oggetto del reato,* s. 419.

g) Hukukun doğrudan doğruya veya dolayısiyle ihlâline göre yapılan tefrik de kanaatimizce yersizdir. Rocco ile birlikte [211], her haksız fiilin, mutazarrırın hususî iradesine aykırılık olarak kabulünü tereddüt ve şüphe ile karşılamaktayız.

h) Devletin umumî vazifelerini, hususî vazifelerinden ayırmağa dayanan fark da kabul edilemez. Çünkü bu ikisini tefrika medar olacak kesin bir kıstas mevcut değildir. Kaldı ki bu tez ancak cezaî hukukî aykırılıklarla idarî hukukî aykırılıklar arasındaki fark için ileri sürülebilir. Asıl haksız fiiller ile suçlar arasındaki farkı bu bakımdan izaha imkân yoktur [212].

IV. Bizce, suçlar ile haksız fiiller arasındaki fark sadece müeyyide bakımındandır.

Evvelce de işaret ettiğimiz gibi (n. 62) içtimaî hayatı tanzim eden hukuk normları, insanların hareketlerini ilgilendiren kaideler kor. Beşerî bir hareket bu normlara uymadığı zaman «hukuka aykırı bir fiil» var demektir. Hukuka aykırı fiil tâbiri umumîdir, cinsîdir. Suç ise buna nazaran hususîdir, nev'îdir. Haksız fiil de hukuka aykırı bir fiildir. O da umumî olan hukuka aykırı fiilin müeyyidesi tazminat olan bir nev'ini teşkil etmektedir [213]. Bu ikisinin arasındaki fark ise sadece müeyyideden ibarettir. Filhakika, Grispigni'nin dediği gibi [214], her haksız fiil suç değildir, bazı haksız fiiller sadece haksız fiildir, fakat bazı haksız fiiller fazla olarak suçtur. Ruhî ve içtimaî fiil olarak suç diğer haksız fiillerden mahiyet itibariyle farksızdır. Bazı haksız fiillerin suç sayılması, cezaî müeyyide ile takviye edilmeleri, cemiyet için esaslı olan menfaatlerin ihlâlinin daha ağır bir derecede olması yüzündendir. Bu ağırlık, Grispigni'ye göre, şu vasıfların birinden veya hepsinden anlaşılır: zararın tamir edilemezliği, fiilin hususî mahiyeti sebebiyle ceza dışı müeyyidelerin kifayetsizliği veya uygunsuzluğu, taarruza uğrayan menfaatin, ferde ait de olsa, içtimaî ehemmiyeti, failin veya mağdurun vasfı, hareket tarzı,

---

[211] ROCCO : *L'oggetto del reato*, s. 419.

[212] MAGGIORE : *Diritto penale*, c. I, s. 196.

[213]. Hattâ Petrocelli (*l'antigiuridicità*; s. 15) ile birlikte diyebiliriz ki, akitten doğan borçlara riayetsizlik bile hukuka aykırı bir fiildir. Çünkü borca riayet de normlardan kuvvetini almaktadır. Maamafih, kanunlarda, akde dayanmıyan borçların kaynaklarından biri olarak gösterilmekte olnn haksız fiil müessesesi, ceza dışı hukuka aykırılığın en karakteristik şekli olduğu için, mukayeselerimizde onu ele almış bulunmaktayız.

[214] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. I, s. 151.

kullandığı vasıtalar ve fiile ait sair mülâhazalar, tehlike veya zararın birden fazla kimselere taallûku, fiilin daha enerjik bir tembelliği gerektirecek derecede sık sık tekerrürü, failin ruhî ve içtimaî geçmişi.

Velhasıl şu veya bu sebeplerle haksız fiil müessesesi yani medenî müeyyide kâfi gelmeyince, kanun koyucu daha kuvvetli himaye için cezaî müeyyidelere başvurur. Hukuka aykırılıkların bu türlülerini cezaî müeyyidelerle takviye eder, onları tipler halinde tarif ve tasrih eder [215]. Görülüyor ki, suç, Carnelutti'nin tarif ettiği üzere [216], ceza müeyyidesi ile takviye edilmiş bir haksız fiilden ibarettir. Ceza Kanunumuzun 37 nci maddesi de suçtan zarar görenlerin şahsî haklarının mahfuz olduğunu söylemekte ve bu suretle her suçun zarar tevlit etmesi şartiyle bir haksız fiil sayıldığını göstermektedir.

Borçlar Kanunu haksız fiil müessesesini zararların tazmini imkânını veren bir müessese olarak derpiş ettiği için tabiatiyle ancak zarar tevlit eden haksız fiilleri nazara almıştır. Fakat bundan, zarar vermiyen haksız fiillerin mevcut olmadığı neticesi çıkarılamaz. Bu itibarla her suçun hususî bir zarar tevlit etmemesi, her suçun haksız bir fiil sayılmasına mani olamıyacaktır.

İlâve edelim ki, ruhî ve içtimaî bir fiil olmak bakımından suç ile haksız fiil arasında mahiyet farkı olmaması, müeyyideler arasında fark bulunmasına ve bu müeyyidelerin gayelerinin de değişik bulunmasına asla mani değildir. Bu farka Grispigni, cezaî ve medenî suçların hukukî muhtevaları arasındaki mahiyet farkı adını vermektedir [217]. Medenî müeyyidelerin gayesi yakın zararı tamirdir. Halbuki cezaî müeyyideler âmmmenin menfaati bakımından, içtimaî tehlike gözönünde tutularak, yakın zararın değeriyle mütenasip olmıyarak tatbik olunur. Ayni fiilin, ayrı ayrı bakımlardan ele alınmasının sebebini, tekrar edelim ki, ceza dışı müeyyidelerin, cezaî müeyyidelerin vazifelerini görememelerinde aramak lâzımdır.

---

[215] V. LISZT : *Traité,* s. 280; FLORIAN : *Trattato,* c. I, s. 4; ANTOLISEI : *Elementi,* s. 47:

[216] CARNELUTTI : *Lezioni,* s. 96:

[217] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. I, s. 155.

5. §

HUKUKA AYKIRILIĞIN TAYİNİ

78 — Hukuka aykırılığın tâyini meselesi, 79 — Hukuka aykırılığın şeklîliği, maddîliği ve bölünmezliği mefhumları, 80 — Maddî aykırılığın hukuk dışı kalması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceği telâkkisi, 81 — Maddî aykırılığın suçun unsuru veya neticesi olması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceği telâkkisi, 82 — Maddî aykırılığın kanun koyucu görüşü olması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceği telâkkisi, 83 — Hukuka aykırılığın ancak maddî olabileceği telâkkisi, 84 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini sübjektif hakların zarara veya tehlikeye sokulmasiyle izah eden telâkki, 85 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini muayyen hayatî menfaatlerin veya hukukî varlıkların zarara veya tehlikeye sokulmasiyle izah eden telâkki, 86 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini medeniyet normlariyle izah eden telâkki, 87 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini doğru hukuk ile izah eden telâkki, 88 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini cemiyete aykırılık ile izah eden telâkki, 89 — Hukuka aykırılığın bölünmezliği telâkkisi, 90 — Kanaatimiz.

78 — Hukuka aykırılığın tâyini meselesi.

Bir tezat münasebeti olan hukuka aykırılığın ikinci ayağını, yâni hukuku tetkik ederken hukuktan ne kasdolunduğunu anlamak kâfi değildir. Bir de aykırılığın hukukun şekline göre mi, yoksa muhtevasına göre mi tayin edileceğini araştırmak lâzımdır. Bir kısım cezacılar, hukuka yalnız şeklî aykırılığı kabul ettikleri halde, bazıları bunu kâfi görmeyip maddî aykırılığı da ararlar. Nihayet üçüncü bir grup hukuka aykırılığın bir bütün teşkil ettiğini, şeklî ve maddî diye ikiye bölünemiyeceğini ileri sürer. Biz bu meseleyi «hukuka aykırılığın tâyini meselesi» diye adlandırmış bulunuyoruz.

79 — Hukuka aykırılığın şeklîliği, maddîliği ve bölünmezliği mefhumları.

Hukuka aykırılığın şekil bakımından tayin ve tesbit edilebilmesini kabul edenler böylece tayin edilen hukuka aykırılığa (Formelle Rechtswidrigkeit, Antigiuridicità formale) demektedirler. Türkçede şeklî sıfatını hukuka da, aykırılığa da eklemek ve *hukuka şeklî aykırılık* veya *şeklî hukuka aykırılık* demek de mümkündür. Çünkü birincisiyle hukukun muhtevası yerine şekli kasdedildiği, ikincisi ile de aykırılığın madde ve muhteva bakımından değil, şekil bakımından olduğu ifade edilmektedir. Biz, hukuka aykırılığın tâyini meselesinden aykırılığın tâyinini anladığı-

mız için, hukuka şeklî aykırılık tâbirini uygun bulmaktayız [218]. Maamafih mümkün oldukça, ihtilâfa mahal vermiyen *hukuka aykırılığın şekliliği* tâbirini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Hukuka aykırılığın, hukukun muhtevası bakımından tâyin edilmesi halinde de ayni suretle hukuka maddî aykırılıktan bahsolunmaktadır. Biz buna da *hukuka aykırılığın maddîliği* diyeceğiz.

Bazı müellifler de hukuka aykırılığın şeklî ve maddî diye ikiye bölünmesini doğru bulmazlar. Bunlara göre hukuka aykırılık bölünmez bir bütün teşkil eder. Bu çeşit hukuka aykırılığa doktrinde bir isim verildiğine rastlamadık. Biz, *hukuka aykırılığın bölünmezliği* ve *hukuka bölünmez aykırılık* tâbirlerini kullanacağız.

Hukuka aykırılığın tâyini bakımından cezacıları dört grupta mütalâa etmek mümkündür. Bir kısmı yalnız şeklîliği, bir kısmı yalnız maddîliği kabul ederler. Bir kısmı hukuka aykırılığın hem şeklî ve hem de maddî olabileceği kanaatindedir. Nihayet dördüncü bir grup hukuka aykırılığın bölünmezliğini iddia etmektedir.

80 — Maddî aykırılığın hukuk dışı kalması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceği telâkkisi.

Bazı müellifler hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceği iddialarını, hukuka aykırılığın maddîilğinin hukuk dışı olmasiyle izah ederler. Meselâ Beling'e göre [219], fiilin ne anti-sosyalliğinden, ne medeniyete aykırılığından, ne de hukukî varlıkların ihlâlinden bahsolunamaz. Bunlar ancak kanun koyucuya verilecek bir programda yer alabilirler. İhtilâf halinde kanun koyucunun fikrinin kabul edilmesi de hukuka maddî aykırılığın müsbet hukuka taallûk etmediğini göstermektedir.

Hold von Ferneck [220] de, zarar veya tehlikenin hukuka aykırılıkla alâkası olmadığı, menfaatleri himaye vasıtası olan hukukun mahiyet itibariyle tamamen şeklî olduğu kanaatindedir.

Vannini [221] de, suçun ancak bir ceza normu sayesinde vücut bulduğunu ve ancak bu normun ihlâlinin bahis mevzuu olabileceğini söylemektedir.

---

[218] Hukuka aykırılık birlikte yazılsa ve bir tek kelime sayılsa, mesele kalmıyacağı âşikârdır.

[219] BELING: *Die Lehre vom Verbrechen,* 136 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale,* s. 37; keza Rocco: *l'oggetto del reato,* s. 484).

[220] HOLD VON FERNECK: *Die Rechtswidrigkeit;* Bd. I, s. 382 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale,* s. 38).

[221] VANNINI: *Manuale,* s. 139.

81 — Maddî aykırılığın suçun unsuru veya neticesi olması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceği telâkkisi.

Bazı müellifler de hukuka maddî aykırılığın muhtevasının suçun unsurunu teşkil ettiği kanaatindedirler. Meselâ Rocco'ya göre [222], hakikî aykırılık sadece hukuka şeklî olan aykırılıktır, zira maddî aykırılık denilen şey, hukuka aykırılık değildir, suçtan doğrudan doğruya husule gelen hukukî zarar veya hukukî zarar tehlikesinden başka bir şey değildir. Birincisi yâni şeklî aykırılık suçun özüdür, ikincisi yâni maddî aykırılık ise, kusur ve hareket gibi suçun kurucu unsurlarındandır. Zarurî ve daima şeklî olan hukukî kanuna aykırılık (illiceità giuridice) ile zarar veya doğrudan doğruya zarar tehlikesini ayırmak lâzımdır. Zarar veya doğrudan doğruya zarar tehlikesi cezaî hukuka aykırı olan hareketin bir neticesi olduğuna göre, zarurî olarak, maddî veya tabiî değil, fakat hukukî bir zarar veya zarar tehlikesi, yâni sade bir menfaatin veya varlığın değil, fakat hukukî bir menfaat veya hukukî bir varlığın ızrar veya ihlâlidir. Zira cezaî emrü nehi ile himaye edilen hukukî varlık veya hukukî menfaattir.

Manzini de [223] hukuka aykırılığın münhasıran şeklî olduğunu ve maddî hukuka aykırılık denilen şeyin suçun neticesi yâni doğrudan doğruya veya dolayısiyle zarar veya tehlikeden ibaret bulunduğu kanaatindedir.

82 — Maddî aykırılığın kanun koyucu görüşü olması sebebiyle hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceği telâkkisi.

Petrocelli de [224] hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceği kanaatindedir. Bu müellif, suçların ağırlığını tayinde ve ihtilâf halinde kanun koyucunun ölçüsünün kabul edildiğini delil olarak ileri sürmekte ve zina suçunu ele alarak, bazı mıntakalarda bazı şahısların ölüme kadar reaksiyon gösterdiği bu suçun cezasını, kanun koyucunun nisbeten hafif tayin etmesini misal olarak vermektedir. Petrocelli'ye göre hukuka maddî aykırılık denilen şey, suçtan husule gelen zarar veya tehlike değildir. Bu müellif, hukuka aykırılık ile hukuka aykırı fiil arasında fark görmekte, hukuka şeklî aykırılığın dahi maddiyet olmasa bile realite olan bir muhtevası olduğunu ve bunun da kanun koyucunun bir hareketin anti-sosyalliği hakkındaki hükmünden ibaret bulunduğunu söylemektedir. Bir huku-

---

[222] ROCCO : *L'oggetto del reato*, s. 476.

[223] MANZINI : *Trattato*, c. I, s. 414.

[224] PETROCELLI : *l'antigiuridicità*, s. 91, 95 - 99.

kî emrin, beşerî bir menfaat olmadan düşünülemiyeceğini söyliyen Petrocelli, kanunun derpiş eylediği muhtevadan başkasının hukukan mümkün olmadığını, tezat münasebetinin hukukî norm ile hareket arasında mevcudiyetinin kâfi olduğunu, sosyal bakımdan değerlendirmenin ancak kanun koyucuya ait olup, önceden halkın veya sonradan hâkimin verdiği hükümlerin bir kıymeti bulunmadığını ilâve etmektedir.

83 — Hukuka aykırılığın ancak maddî olabileceği telâkkisi.

Hukuka aykırılığın şekle nazaran tâyinini kabul etmiyenler ve ancak hukuka maddî aykırılıktan bahsolunabileceğini söyliyen müellifler de vardır. Bunlar bilhassa iradî ceza hukuku mensuplarıdır.

Schaffstein fikrini şöyle izah etmektedir [225]: Hukuka aykırılığın kanuna aykırılık yâni şeklî aykırılık ile bir tutulması, müsbet hukukçuluğun bir eseridir ve nazizmin ilham aldığı mefhumdan bu itibarla çok uzaktadır. Otoriter olan ve fertlerden ziyade topluluğun emniyetini düşünen bir devlet, suçluluğa karşı mücadelenin esaslı vasıtası olan hukuka maddî aykırılık mefhumundan vazgeçemez. Hukukun esas kaynağı, halkın ahlâkî nizamıdır. Yeni hukuk nizamında, halk topluluğuna taarruz, halk hayatının esaslarına aykırılığı, yani hukuka aykırılığı teşkil eder.

Hukuka aykırılığın siyasî bir temeli olduğunu söyliyen Siegert [226] de, kanunî tipe uygunluktan ayrı olan hukuka aykırılığın mevcudiyeti için, führer tarafından tefsir edilen halkın sezişlerine başvurmak lüzumuna işaret etmektedir.

84 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini sübjektif hakların zarara veya tehlikeye sokulmasiyle izah eden telâkki.

Hukuka maddî aykırılığı, şeklî aykırılıkla birlikte kabul eden nazariyelere, doktrinde ikici nazariyeler adı verilmektedir. Bu nazariyelere göre hukukun sade şekline bakılmıyacak, muhtevası da nazara alınacaktır. Bu muhtevayı nazara alış çeşitli şekillerde izah edilmiş bulunmaktadır. Bunlardan tarih bakımından en eskisi, sübjektif hakların zarara veya tehlikeye sokulması nazariyesidir. 18 inci asırda, eski devirlerdeki suçların sayısının aşırı derecede artmasına mani olan bu naza-

[225] SCHAFFSTEIN: *Die Materielle Rechtswidrigkeit im Kommanden Strafrecht.* Z. für die g. Str. 1935, 18. (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 110);

[226] SIEGERT: *Gründzunge des Strafrechts im Neuen Strafrecht*, 1934, 33 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 110).

riyenin taraftarları arasında Feuerbach [227] da vardır. Bütün sübjektif hakların objektif hukuktan çıktığını söylemesine rağmen Binding dahi «sübjektif bir hakka teveccüh etmiyen bir hareketin hukuka aykırı sayılması mümkün değildir» demektedir [228].

85 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini muayyen hayatî menfaatlerin veya hukukî varlıkların zarara veya tehlikeye sokulmasiyle izah eden telâkki.

İkici nazariyelerden bazıları da, hukukun muhtevasını nazara almakta, muayyen hayatî menfaatleri esas tutmuşlardır. Bilhassa Kessler tarafından inkişaf ettirilmiş olan [229] bu teze göre, cezaî himayenin mevzuu insandır. Bir menfaatin himaye edilmesi için, halen mevcut olması lâzımdır. Bu itibarla her suçta, halen mevcut bir menfaatin zarara veya tehlikeye sokulduğunun tesbiti lâzımdır [230].

Mezger [230] de aslında menfaat nazariyesine taraftar olmakla beraber, Kessler'in hataya düştüğünü ve bu hatanın da hukuka aykırılığın muhtevasını teşkil eden ve kanunî tiple himaye edilen mevzuu izah eden «himaye edilen menfaatin», her hâdisede isbatı lâzım gelen ruhî bir fiil, ruhî ve ferdî bir tip olarak anlaşılması olduğunu söylemektedir. Mezger'e göre kanunî tipe uygun bir fiil bulununca, eğer tipte açıkça aranmış değilse, halen mevcut bir menfaatin ihlâl edilmiş olduğunun da isbat edilmesine lüzum yoktur. Burada himaye edilen umumî olarak tasavvur olunan orta menfaattir, yoksa her hâdisedeki hususî menfaat değildir.

Mezger'in bir çok Alman müellifleri gibi kanunî tipe uygunluk ile hukuka aykırılığı birlikte mütalâa ettiğini, fakat bunları birbirine bağlı saymadığını görmüş bulunuyoruz (n. 19). Tipiklik mânasına hukuka aykırılığın maddî muhtevası olarak «menfaat» i kabul etmiş olan bu müellif, görüşünü şöyle açıklamaktadır: İnsanlar, hukukun iradesiyle değil, fakat hukuk, insanların iradesiyle yaşar. Suç denilen hukuka aykırı hareket; mağdurun menfaatlerini ihlâl eder. Ceza Kanununun gayesi ise

[227] FEUERBACH: *Lehrbuch des gemeinen im Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* 1801, § 21 - 23, (Mezger'den naklen: *Diritto penale,* s. 217).

[228] BINDING: *Die Normen,* c. I, s. 96, 295 (Mezger'den naklen: *Diritto penale,* s. 217).

[229] KESSLER: *Die Einwilligung des Verletzen im ihrer Strafrechtlichen Bedeutung,* Der Gerichtssaal 1884, s. 564; 1886, s. 94 (Mezger'den naklen: *Diritto penale,* s. 217.

[230] MEZGER: *Diritto penale,* s. 217.

bu menfaatleri himaye etmektir. Burada menfaatten maksat, zarara veya tehlikeye sokulabilen gerek ferdî ve gerek içtimaî menfaattir. Menfaat, iradenin bir şeye taallûku (partecipazione della volontà a qualche cosa) dır. Daha vâzih bir şekilde söylemek lâzım gelirse menfaat, ferdî veya içtimaî iradenin belli bir durumun mevcudiyetine taallûkudur. Bu durumun zarara veya tehlikeye sokulması, onun muhafazasından ibaret olan menfaatin zarara veya tehlikeye sokulması demektir.

Maamafih hukukun nazara aldığı orta menfaatin içinde bulunduğu şartlara *hukukî varlık* (bene giuridico = Rechtsgut)» adını veren Mezger, hukukî varlık, himaye mevzuu (Schutzobjekt), taarruz mevzuu tâbirlerinin ayni mânaya geldiğini söylemektedir. Müellif diyor ki, her suçun kanunî tipinde himaye edilen mevzu basit formüllerle ifade edilmiştir. Adam öldürmede hayat, müessir fiilde vücut tamamiyeti ve sağlığı, hırsızlıkta mülkiyet gibi. Bu suretle, Honig'in dediği gibi [231], kanun koyucunun ceza hukuku normlarında çok kısa bir formül ile ifade ettiği gaye belirtilmiş olmaktadır.

Mezger, her kanunî tipe taallûk eden hukukî varlıkların yâni her tipte himaye mevzuu olan varlığın meydana çıkarılması için kanunun tefsiri yolunu göstermektedir. Tefsir neticesinde meydana çıkacak olan himaye mevzuu da bir kere belli olduktan sonra, kanunî tipin unsurunun tefsirinde büyük bir rol oynıyacaktır. Hukukî varlığın meydana çıkarılması için yapılacak olan kanunî tefsiri ele alan Mezger diyor ki, himaye mevzuu hem kanundan, hem de kanundan başka (praeter legem) hukuktan çıkarılacaktır. Kanun hukuku tamamen ihata edemez. Pratik hayatın öyle meseleleri vardır ki, kanun bunları halledemez. Bunun içindir ki, kanundan başka hukukun mevcudiyeti kabul edilmelidir. Bu mesele, hukukî nizamın yüksek prensipleri hakkındaki tenkidî bir araştırma ile halledilebilir. Bütün kanunlar, hukukun müsbet tezahürleridir. Bu tezâhürlerin ön şartları, bir taraftan hukukun tanzim ettiği medeniyetin heyeti umumiyesiyle olan münasebet, diğer taraftan hukuku hukuk olarak yaratan hukukun aklî idesidir.

Suçun hukuka aykırılığının muhtevasını menfaat olarak kabul eden Mezger'in vardığı netice şu olmaktadır ki, eğer menfaat bahis mevzuu değilse, veya daha üstün bir menfaati korumak bahis mevzuu ise, hukuka aykırılık yoktur [232].

---

[231] HONIG: *Einwilligung des Verletzen,* 1919, s. 29, 64, 94 (Mezger'den naklen: *Diritto penale,* s. 219).

[232] MEZGER: *Diritto penale,* s. 224.

İlâve etmek lâzımdır ki, Mezger, Nasyonal - Sosyalist rejim zamanında fikirlerini değiştirmiş, hukuka maddî aykırılığın muhtevasını tayin için liberal rejim zamanında ileri sürülen formülleri, anti - liberal bir devlet için kâfi görmemiş, hukuka aykırılığın muhteavsının, halkın selim hissine dayanılarak tâyin edilmesini istemiş, ve Nasyonal - Sosyalist mefhumuna aykırı her harekette hukuka maddî hareketin mevcut olduğunu söylemiştir [233].

Von Hippel [234] de, hukuka aykırılığın maddî muhtevası olarak, hukukî varlıkların yâni hukukan himaye edilen menfaatlerin ihlâlini göstermektedir. Bu müellif, Mezger'den farklı olarak himaye edilen menfaate «hukukî varlık» adını vermektedir. Fakat o da hukukî varlıkların müşahhas değil, mücerret olarak nazara alınması gerektiğini, meselâ öldürülen kimse veya çalınan eşyanın değil, fakat hayatın ve mülkiyetin hukukî varlık olduğunu söylemektedir.

Hukuka maddî aykırılığı, cemiyetin menfaatlerine ve gayelerine aykırılık diye ifade eden Sauer [235]'i de, menfaat nazariyesi taraftarları arasında sayabiliriz.

Battaglini [236] de bu nazariye taraftarlarındandır. Bu müellife göre, suç, maddî bakımdan, esaslı yani devlet ve cemiyet için çok hususî ehemmiyeti olan ideal menfaatlerin (ahlâkî ve millî değerlerin) inkârıdır. Kanun koyucu keyfine uyarak değil, fakat bazı mülâhazalarla bir fiile suç damgasını vurur. İşte hukuka aykırılığın maddîliği, suçun özünün araştırılması, bir fiilin ne gibi mülâhazalarla suç sayıldığını araştırmak demektir. Bu mülâhazalar da müellife göre, ceza hukukunun asıl mevzuunu teşkil eden suçlarda ahlâk kaidelerinin ihlâlinden, diğer suçlarda ise, kanun koyucunun daha enerjik bir himayeye lâyık gördüğü menfaatlerin ızrarından ibarettir.

Maggiore [337], de, hukuka şeklen aykırılıkla iktifa etmemekte ve ahlâk kanununu ağır surette ihlâl etmekten ibaret bir muhteva da aramaktadır.

---

[233] MEZGER: *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommanden Strefrecht.* Z. für die g. Straf. 1935, s. 7 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 110).

[234] V. HIPPEL: *Manuale;* s. 4; 152.

[235] SAUER: *Grundlagen des Strafrechts,* 921, s. 255 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 106).

[236] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 91.

[237] MAGGIORE: *Diritto penale;* s. 291

86 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini medeniyet normlariyle izah eden telâkki.

M. E. Mayer, kurduğu medeniyet normları (kulturnormen) nazariyesiyle, hukuka aykırılığın maddîliğini şöyle izah etmektedir [238]: Hukuka maddî aykırılık, ceza hukukunun himaye ettiği menfaatlerle fiil arasında bir münasebettir. Diğer bir söyleyişle suç, himaye edilen menfaatleri ihlâl etmiştir. Himaye edilen bu menfaatler, normların tefsiriyle meydana çıkarılacaktır. Fakat tefsir edilecek olan bu normlar, müsbet hukuk normları değildir. Müsbet hukuk normları, her memleketin halkının medeniyet derece ve seviyesine uygundur. Müsbet hukuk normları da daha önceden mevcut olan medeniyet normlarından çıkmaktadır. Kanundan başka (praeter legem) bir hukuk mevcuttur ve müsbet hukukun kaynağı da budur. İşte bu medeniyet normlarına başvurularaktır ki himaye edilmesi gereken bir menfaat olup olmadığı anlaşılabilecektir.

Mayer'in ve Mezger'in kanundan başka hukuk telâkkileri arasında şu fark mevcuttur. Mayer, kanunu yâni müsbet hukuk normlarını bırakıp kanundan başka hukuk saydığı medeniyet normlarını almakta, halbuki Mezger, kanundan başka hukuku, kanunların tefsiri için bir vasıta telâkki etmektedir.

Maamafih, müellif sonradan nazariyesini hayli tâdil etmiş, hukukî normların, hukuk tarafından tanınmış medeniyet normları olduğunu, hukuka aykırılığın böylece tanınmış medeniyet normlariyle tezadı ifade ettiğini söylemiştir [239]. İlâve edelim ki, bu şekliyle medeniyet normları nazariyesi, orijinalliğini kaybetmiştir.

87 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini doğru hukuk ile izah eden telâkki.

Hukuka maddî aykırılığın muhtevasını bazı müellifler de doğru olmamaklık (= haksızlık = adaletsizlik) ile izah etmişlerdir. Meselâ Stammler [240] ve onun yolunda yürüyen Graf Zu Dohna [241] bu fikir-

---

[238] MAYER (M. E.): *Rechtsnormen und kulturnormen.* 1903, (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità;* s. 105; keza Ranieri: *Diritto penale,* s. 112).

[239] MAYER (M. E.): *Der allgemeine Teil des deutschen Rechts.* 1923, s. 179 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità,* s. 106).

[240] STAMMLER: *Die Lehre von dem richtigen Recht,* 1902, s. 1 (Rocco'dan naklen: *L'oggetto del reato;* s. 491). Stammler'in doğru hukuk nazariyesinin esasları için bak: ÇAĞIL (O. M.): *Stammler'in cemiyet ve hukuk felsefesi.* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947, c. II, s. 697.

dedirler. Graf Zu Dohna kendi kendine şu suali sormaktadır: Beşerî bir hareket ne vakit hukuka aykırıdır? Bu suale umumiyetle verilen «norma aykırı olduğu zaman» cevabını kâfi bulmıyan müellif, Binding'in norm nazariyesinin tesiriyle, norm ve ceza kanununu tefrik ederek, hareketin yasak olduğu için hukuka aykırı olduğunu değil, fakat hukuka aykırı sayıldığı için yasak edildiğini ileri sürüyor ve yine «bir hareket ne vakit hukuka aykırıdır?» sualini tekrar ediyor. Verdiği cevap şudur: Hukukî emirler, sadece sebep ve netice bakımından değil, fakat bilhassa vasıta ve gaye bakımından değerlendirilmelidir.

Normun ve hareketin doğru (=haklı =âdil) bir gaye için doğru bir vasıta teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Bir gayenin hukukan ne vakit tecviz edildiği umumiyetle söylenemez. Müşahhas hallere bakmak lâzımdır. Hukukan müsaade olunmak için gayenin, daha yüksek bir gayeye erişmek için bir vasıta teşkil etmesi lâzımdır. Her ne kadar müellif, müsbet hukukun tenkidi neticesinde onun haksız olduğu kanaatine varılabileceğini, fakat bunun muteber olmadığı iddia olunamıyacağını, kanun koyucunun doğru olmıyan hareketler istiyebileceğini veya doğru gayeleri menedebileceğini söylemekteyse de, şu neticeye de varmaktadır: Kanun koyucunun aksini istediği sabit oluncaya kadar, hareketin sadece ceza kaidesine aykırı olması kâfi değildir, haksız da olması lâzımdır. Bir hareketin böylece hukuka aykırı veya uygun sayılması, hareketin vasfı ile gayesinin, hukukî nizamın umumî seyriyle olan münasebetine göre tayin edilecektir. Her suçta, her unsurdan başka bu haksızlık, yâni hukuka maddî aykırılık da araştırılmalıdır. Bu neticeden çıkan bir diğer netice de şu olmaktadır ki, fiili meşru kılan kanunî sebepler olmasa dahi, bir fiil doğru (haklı) sayılabilecek, yâni suç olmıyacaktır.

De Marsico [242] ve Moro [243] da bu nazariyeyi benimsiyenler arasındadır. Moro, kanunda sarih bir hüküm olmazsa hukukun gayesine göre meselenin halledilmesi gerektiğini, «âdil bir gaye için âdil bir vasıta» kıstasının bu itibarla çok yerinde olduğunu kabul etmektedir.

---

[241] GRAF ZU DOHNA: *Die Rechtwidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande Strafbaren Handlungen*, 1905, s. 35, 50 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 100; keza Rocco: *l'oggetto del reato*, s. 491, 495).

[241] DE MARSICO: *Diritto penale*, s. 143 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità penale*, s. 111).

[243] MORO: *L'antigiuridicità penale*, s. 146.

88 — Hukuka aykırılığın şeklîliği yanında mevcut maddîliğini cemiyete aykırılıkla izah eden telâkki.

Hukuka şeklî aykırılıktan başka maddî aykırılığı da kabul eden von Liszt, bu ikinciyi izah için fiilin cemiyete aykırılığına (anti - sosyalliğine) istinat etmektedir. Von Liszt hülâsaten diyor ki [244]: Hukuka aykırılığın maddî cephesi, hukukî menfaatlerin ihlâl edilmesi veya zarar tehlikesine maruz bırakılmasıdır. Hukuk normlarının vazifesi bu menfaatleri korumaktır. Fakat en uzağı gören norm bile bu koruma vazifesini hakkiyle yapamamaktadır. Normların halledemiyeceği menfaat ihtilâfları çıkabilir. Bu takdirde maddî aykırılığa bakmak lâzımdır. Bir hukukî menfaatin ihlâli veya tehlikeye konulması, içtimaî hayatı tanzim eden hukuk nizamının gayelerine aykırı oldukça, maddî bakımdan hukuka aykırıdır. Bazan maddî ve şeklî bakımdan hukuka aykırılıklar arasında tezat olması mümkündür. Bu takdirde hâkim kanunla bağlıdır. Yürürlükte olan kanunu tashih etmek onun vazifesi değildir.

Von Liszt'e göre zararı veya tehlikeyi emir veya tecviz eden bir hukuk kaidesi, hareketin hukuka uygun olmasına ve bu itibarla suç sayılmamasına sebep olur. Böyle bir sarih hukuk kaidesi yoksa, hareketin maddî muhtevasını tetkik etmek icap eder. Bu hususta şu iki prensibe riayet edilmelidir:

a) Kanun hükümlerinin heyeti umumiyesinden kanun koyucunun fikri öğrenilebilir ve belli gayelerin hareketleri haklı gösterdiği anlaşılabilir. Eğer failin hareketi kanun koyucunun doğru (haklı) kabul ettiği gayelere erişmek için muvafık ve doğru bir vasıta olarak görülürse, hukuka aykırı olmadığı neticesine varılacaktır.

b) Yukarıki prensip tatbik olunamazsa, hareketin, devlet tarafından idare edilen müşterek hayat gayelerine uygunluğuna bakılmalıdır. Bu bakımdan yüksek bir menfaatin muhafazası, ehemmiyeti az bir menfaatin zararına haklı (doğru) görülebilir.

Von Liszt, fiilin anti-sosyalliğini nazara alan bu ikinci prensibin tatbikindeki keyfîlik tehlikesini önlemenin çok güç olacağını itiraf etmektedir.

89 — Hukuka aykırılığın bölünmezliği telâkkisi.

Bazı müellifler de, hukuka aykırılığın şeklî ve maddî diye ikiye ayrılmasını doğru bulmazlar. Bunlara göre hukuka aykırılık, bölünmez bir

[244] VON LISZT: *Traité,* § 32, s. 204.

bütün teşkil eder. Bu itibarladır ki bunların sadece (hukuka aykırılık) diye ifade ettiklerini, biz diğer çeşitlerden ayırmak için (bölünmez) diye vasıflandırmış bulunmaktayız.

Nagler hukuka aykırılığın ikiye ayrılmasına muarızdır [245]. Hukuka maddî ve şeklî aykırılık üzerinde uzun uzadıya durmuş olmasına olmasına rağmen, Nagler'i haklı bulduğunu söylemesi [246] hasebiyle, Mezger'i de bu grupa sokmak mümkündür.

Antolisei de hukuka çifte aykırılık aleyhtarlarındandır. Hukuka aykırılığın bir tek olduğunu ve bunun da fiil ile müsbet hukuk nizamı arasındaki tezattan çıktığını söyliyen müellife göre, hukuka aykırılığın sade şeklî vasfı yoktur, muhtevası da, yâni maddî vasfı da vardır. Fakat, hukuk tarafından himaye edilen menfaatin ihlâlinden ibaret olan bu muhtevanın müstakil varlığı mevcut değildir, tek olan hukukî aykırılığın maddî veçhesini teşkil eylemektedri [247].

Hukuka aykırılığın bölünmez bütünlüğünün hararetli taraftarlarından biri de Bettiol [248] dur. Bu müellifin, tefrikin ilk defa v. Liszt tarafından yapıldığına işaret etmekte ve bu Alman cezacısının siyasî fikirlerle hareket ettiğini, belli bir içtimaî sınıfın menfaatleri namına, ihtilâf halindeki içtimaî menfaatleri tamamen şeklî bir muvazene halinde tutmayı esas ittihaz eden kapitalist temelli bir içtimaî sistemde çatlaklar husule getirmeğe çalıştığını söylemektedir. Marksizm'in geçen asrın siyasî hayatına, az varlıklı sınıfların tanınmıyan menfaatlerinin, her türlü şeklî siyaset mülâhazalarının dışında tanınmasını temin etmek maksadiyle girdiğini ilâve eden Bettiol, gerek hukuka aykırılık mefhumu sahasında şeklî ve maddî tefrikini ve gerek hâdisede himaye edilen menfaatlerin ihlâli olmadıkça suçun mevcudiyetinin kabul edilmemesini bu siyasî cereyanın tesirine atfetmektedir.

Bettiol'a göre, liberal hukukî düşünüşün esaslarından biri, hukukî nizamın bu tamamlılığı, yâni hâkimin kanun koyucu yerine geçerek dolduracağı boşlukların yokluğudur. Bu itibarla hukuka aykırı ile hukuka uygun sadece kanuna bakılarak tâyin edilir. Hâkim, hukukî hâdiselerin muhtevasını nazara alamaz. Hukukî kaide veya mefhumun dışında olan her şey siyasettir, sosyolojidir, ahlâktır, fakat hukuk değildir. Hâkim ise hukuku tatbik ve tefsir etmekle mükelleftir. Hukuk mahiyeti itibariyle

---

[245] NAGLER: *Die heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit.* Festgabe für Binding, s. 75 (Mezger'den naklen: *Diritto penale,* s. 222).

[246] MEZGER: *Diritto penale,* s. 222.

[247] ANTILISEI: *Manuale,* s. 100.

[248] BETTIOL: *Diritto penale,* s. 191.

şeklî olduğuna göre, hukuka aykırılığın mahiyeti de ancak şeklî olabilir. Fakat buna rağmen Bettiol fiil ile müsbet hukuk normu arasındaki tezat münasebetiyle hukuka şeklî aykırılıktan bahsedilmesini doğru bulmamaktadır. Müellif diyor ki, eğer bu tezat fiilin failinin normu ihlâl ettiği mânasına alınıyorsa, hukuka aykırılık değil, fakat şeklî diye bir tavsife imkân vermiyen itaatsizlik yâni kusurluluk sahasındayiz demektir; eğer bir suç tipine uyduğu için fiile, şeklen hukuka aykırıdır deniyorsa, bu da doğru değildir, zira bahis mevzuu olan şeklî hukuka aykırılık değil, kanunî tipe uygunluktur.

Hukuka şeklî aykırılığa karşılık olan maddî aykırılık mefhumunu da, her şeklin muhtevası olması gibi hukuka aykırılığın da muhtevası olması hukuka aykırılığın maddî olması demek değildir, mülâhazasiyle kabul etmiyen Bettiol, bünyesi bakımından hukuka aykırılığın tavsife müsait olmadığını, zira tavsif yoliyle hakikatte bir tefrik mümkün olmadığı halde bir tefrik yapılmak icap edeceğini, hukuka aykırılığı bir bütün olarak alan teolojik (gaî) mefhumun, hukuka aykırılığı, şeklî ve maddî aykırılıkların bir sentezi gibi nazara aldığını söylemektedir. Hülâsa, Bettiol şeklî ve maddî aykırılıklar arasındaki tezadın muhafazası için bir sebep görmemektedir.

Moro da [249] hukuka aykırılığı bir bütün olarak ele alanlardandır.

90 — Kanaatimiz.

Biz, bir unsur olarak kabul ettiğimiz hukuka aykırılığın ancak şeklen bahis mevzuu olabileceği fikrine iltihak etmekteyiz.

I. Hukuka maddî aykırılık ile şeklî aykırılığın muhtevası kastedilmektedir. Bu muhtevanın da hukuka aykırılığın bir çeşiti olarak nazara alınmasını isbat için ileri sürülmüş olan deliller bizi tatmin etmemiştir:

a) Yalnız maddî aykırılığı kabul eden telâkkinin tamamen siyasî düşüncelerden ilham aldığını görmüş bulunuyoruz (n. 83), bu fikir cereyanı, Bettiol [250]'un da işaret ettiği gibi, suçların kanunîliği prensibinin tanınmaması neticesini doğurmuştur. Petrocelli de pek haklı olarak, hukuka şeklî aykırılığın bir tarafa bırakılarak, maddî aykırılığın her hadisede halkın hissine göre değerlendirilmesini hukukun sonu diye ifade etmektedir [251].

[249] MORO: *l'antigiuridicità penale*, s 7, 67.

[250] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 191.

[251] PETROCELLI: *l'antigiuridicità*, s. 111.

b) Sübjektif hakların zarara veya tehlikeye sokulmasiyle maddî aykırılığı izah eden telâkki de (n. 84) kabul edilemez. Zira, sübjektif hakkı ihlâl etmiyen suçlar da mevcuttur. Diğer taraftan, sübjektif hak, objektif hukuktan çıkacağına göre, Mezger'in de belirttiği gibi [252], hukuka aykırılık yine şeklen tayin edilmiş, aykırılığın maddî muhtevası gösterilmemiş bulunmaktadır.

c) Maddî aykırılığı hukukî menfaat veya hukukî varlıklar ile izah eden telâkki (n. 85) de kanaatimizce kabule şayan değildir. Zira, bir kere menfaat ihlâlinin hukuka aykırılığa tesiri, normun kabulünde bu ihlâlin nazara alınmasından ibarettir. Norm kabul edildikten sonra artık hukukî menfaat mülâhazasının rolü kalmamaktadır. Filhakika şeklî ve maddî aykırılıklar arasında tezat olduğu zaman, şeklî aykırılık tercih edilecektir. Bu hakikati sade şeklîlik taraftarları meselâ Beling [253], Petrocelli [254] ve Rocco [255] değil, fakat şeklî ve maddî tefrikini kabul eden von Liszt [256] dahi kabul etmektedir. Biz de Rocco ile beraber diyeceğiz ki, kanun zararlı veya tehlikeli bir hareketi yasak etmiş ise, hâkim, cezaen yasak edilen hareketin, ızrar ettiği veya tehlikeye soktuğu menfaat olup olmadığını araştırır, yâni kanunu gayeye göre tefsir ve tatbik eder. Eğer kanun, zararlı veya tehlikeli bir hareketin yapılmasını ceza tehdidi altında emreylemiş, yahut yasak etmemiş ise, bu takdirde hâkimin kanunu tashih ve tâdile hakkı yoktur. Şayet hâkim cezalandırılmış olan hareketi zararlı veya tehlikeli bulmadığı zaman suç yok diyebilirse, yahut cezaen yasak veya emredilmemiş olan hareketi zararlı veya tehlikeli bulduğu zaman suç vardır hükmünü verebilirse, gayeye göre tatbik bahanesi altında kanunu ihlâl etmiş olur.

Bazı müellifler ve meselâ bölünmezlik taraftarı Moro [257] hukuka maddî aykırılığı kanun koyucunun değer hükmü telâkki ederek, şeklî ve maddî aykırılıklar arasındaki ihtilâfı kabul etmemektedirler. Bu takdirde Petrocelli'nin de belirttiği gibi [258], maddî aykırılıktan bahsolunmamak lâzımdır.

---

[252] MEZGER: *Diritto penale*, s. 217.

[253] BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, s. 137 (Rocco'dan naklen: *L'oggetto del reato*, s. 484; keza Moro: *l'antigiuridicità penale*, s. 37).

[254] PETROCELLI: *l'antigiuridicità*, s. 90.

[255] ROCCO: *L'oggetto del reato*, s. 486.

[256] V. LISZT: *Traité*, s. 206.

[257] MORO: *L'antigiuridicità penale*, s. 37.

[258] PETROCELLI: *L'antigiuridicità*, s. 97.

ç) Müsbet hukuktan ayrı bir normun mevcudiyetini ileri süren medeniyet normları nazariyesi (n. 86) de reddolunmalıdır. Kanaatimizce, kanuna girmemiş bir normun hukuka aykırılık bahsinde yeri yoktur. Biz, suçun unsurlarını tahkik zımnında başvurulacak normu aramaktayız. Böyle bir norm ise ancak müsbet hukukun normlarıdır. Kendimizi, bu bakımdan, müsbet hukukun normlaryile bağlı hissetmekteyiz. Zaten Mayer dahi nazariyesini, evvelce gördüğümüz gibi, tâdil etmiş, aykırılığı ancak hukuk tarafından tanınmış medeniyet normlarına inhisar ettirmiş, bu suretle medeniyet normları nazariyesi de orijinalliğini kaybetlemiştir. Kanun haricindeki normlar, hattâ medeniyet normları, Mezger'in de dediği gibi [259], ancak müsbet hukukun tankidi hususunda bir kıymet ifade ederler.

d) Hukuka maddî aykırılığın doğru olmamaklık, haksızlık, adaletsizlik şeklindeki izahı (n. 87) de kanaatimizce kabul olunamaz. Bir kere Petrocelli'nin de dediği gibi [260], teklif edilen kıstaslar ve formüller çok müphem ve elâstikîdir. Diğer taraftan Nagler'in işaret ettiği gibi [261], kanunun tarafsız ve emniyetli nizamı yerine hâkimin sübjektif kanaati esas tutulmak istenmektedir. Nihayet, doğruluk veya adaletin, ne mânada alınırsa alınsın, her zaman hukuk ile hemâhenk olduğu söylenilemez. Şu halde hukuka aykırılık başka şeydir. Adalete, doğruluğa aykırılık yine başka şeydir. Biz bir başka vesile ile de belirttiğimiz gibi [262], Ferri [263] ve Rocco ile birlikte, âdilin, doğrunun cemiyet için «faydalı» olduğuna kaniiz. Cemiyet hayatı için zarurî ve esaslı şartların teminine yarayan şey, âdildir. Kanunun da gayesi zaten budur. O halde hâkim, kanunu tatbik ederken gayeyi araştıracak, yâni hareketin âdil olup olmadığı hakkında da hüküm verecektir. Kanun koyucuların da bazan hususî menfaatlerini gözönünde bulundurdukları, her kanunun daima âmme menfaatine matuf olduğu söylenemiyeceği yolundaki Del Vecchio'nun itirazı [265] itiraf etmeli ki, tamamen yersiz değildir. Bu itirazın hakikat olduğunu keşfettiği anda hâkim ile kanun koyucu arasında bir ihtilâf

---

[259] MEZGER: *Diritto penale*, s. 221.

[260] PETROCELLI: *l'antigiuridicità*, s. 103.

[261] NAGLER: *Die heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit:* Fetsgabe für Frank, s. 343, 350, (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 104).

[262] KUNTER: *Ceza mesuliyetinin esası*, Adliye ceridesi, 1942, c. II, s. 156.

[262] FERRI: *Sociologia Criminale*, c. II, s. 80, 87.

[264] ROCCO: *L'oggetto del reato*, s. 494.

[265] DEL VECCHIO: *Hukuk felsefesi dersleri*, 1940, s. 224.

çıkmış demektir. Bu takdirde kanun koyucunun tercih edilmesi, hukukun adalete üstün tutulması gerektiğini görmüş bulunuyoruz (n. 90 I c).

Hülâsa, adaletsizlik mânasında maddî aykırılık, Beling [266] ve Stoos [267] un da dedikleri gibi, müsbet hukuka taallûk eden bir mefhum değildir, kanun koyucunun tatbikine çalışacakları bir programdan ibarettir.

e) Hukuka maddî aykırılıktan cemiyete aykırılık anlaşılması fikri de (n. 88) kanaatimizce kabul edilemez. Nitekim, kanunun cemiyet bakımından tehlikeli fiilleri suç saymamış, buna mukabil cemiyet bakımından tehlikeli olmıyan fiilleri suç saymış olması mümkündür. Cemiyete aykırılık da, doğruluk gibi kanun koyucunun yol göstericisidir. Beling'in işaret ettiği gibi [268], içtimaî tehlikelilik müsbet hukuka taallûk etmemektedir, kanuna hukukî aykırılık (illiceità giuridica) değildir, kanuna hakikî aykırılığı (illiceità effettiva) yâni şeklî aykırılığı muayyen ihtiyaçlara uydurması hususunda kanun koyucuya tevcih edilmiş bir temenniden ibarettir.

Cemiyete aykırılık bahsinde de hâkim ile kanun koyucu arasında ihtilâf çıkabilir. Filhakika, biz de, Rocco gibi [269], kanunu tatbik ile mükellef olan hâkimin, kanunu tatbik için tefsir edeceğini, bunun için de gayeye bakacağını düşünerek, hâkimin de fiilin cemiyete uygun veya aykırı olduğu hakkında bir hükme varacağını düşünüyoruz. Neticede yine kanun koyucunun hükmü galip gelecektir. Fakat bu hal, fiilin cemiyete uygunluğu hususunda hâkimin hak ve vazifesinin tahdidi değil, kanuna aykırılık hakkındaki hükmüne göre beraat ettirmek veya mahkûm etmek hak ve vazifesinin bir neticesidir. Petrocelli bu fikri kabul etmemekte, kanun koyucunun gayesini araştırmanın, kanunun muhtevasını araştırmak olduğunu, hareketin cemiyete uygunluğu hakkında hüküm vermek olmadığını söylemektedir. Bu müellife göre, bir hareketin cemiyete uygun veya aykırı olduğunu tesbit etmek başkadır, kanun koyucunun, doğru veya yanlış, niçin bir hareketi cemiyete uygun veya aykırı telâkki ettiğini araştırmak yine başkadır, birincisi hukuk dışı bir araştırmadır, ikin-

---

[266] BELING : *Die Lehre vom Verbrechen*, 137 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 104; keza Rocco: *L'oggetto del reato*, s. 484).

[267] STOOS : *Die Strafrechtwidrigkeit*. Z. für die g. Straf. 1904, s. 311 (Petrocelli'den naklen: *l'antigiuridicità*, s. 104).

[268] BELING : *Die Lehre vom Verbrechen*, 137 (Rocco'dan naklen: *l'oggetto del reato*, s. 464).

[269] ROCCO : *L'oggetto del reato*, s. 486.

cisi hâkimin asıl vazifesidir [270]. Kanaatimizce, bu iki araştırma başka başka olsa dahi, hâkim her ikisini de yapacaktır. Zira birincisi ikincisini kontrola yarayacak, kanun koyucunun gayesini hâkimin yanlış anlayıp anlamadığını tahkik imkânını verecektir.

f) Hukuka aykırılığın bölünmezliği telâkkisi (n. 89) de kanaatimizce doğru değildir. Bir kere, hukuka aykırılığın bir muhtevası olması, onun şeklî olmasına mani değildir. Biz, hukuka aykırılığın maddîliğini kabul etmediğimizi söylerken, hukuka aykırılığın muhtevaya nazaran tayin edilmiyeceğini ifade etmek istemekteyiz. Mühim olan, hukuka aykırılığın muhtevası olup olmaması değil, hukuka aykırılığın muhtevaya göre tayin edilip edilmemesidir. Diğer taraftan, biz yalnız şeklî aykırılığa taraftar olduğumuz için, şeklî ve maddî tefrikini yapanların siyasî mülâhazalarla hareket etmiş oldukları iddiası üzerinde durmağa dahi lüzum görmemekteyiz. Nihayet, Bettiol'un, hukuka şeklî aykırılıktan ya kusurluluk, ya kanunî tipe uygunluk anlaşılacağı itirazını da yersiz görmekteyiz. Bu müellifin gözünden kaçan bir ihtimal daha vardır ki, o da herhangi bir hukukî nizam tarafından fiilin emir veya tecviz edilmemiş olmasıdır ve bizim hukuka şeklî aykırılıktan kasdımız da budur. Biz, yine Bettiol'un ifadesiyle söyliyelim, hukuka aykırılığın sadece kanuna bakılarak tayin edileceğini, hâkimin hukukî hâdiselerin muhtevasını nazara alamıyacağını kabul ettiğimiz içindir ki, bunlara imkân veren hukuka maddî aykırılığı reddetmiş bulunmaktayız.

II. Hukuka aykırılığın maddîliğini ve bölünmezliğini niçin reddetiğimizi göstermeğe çalışırken, şeklîliğini kabule bizi sevkeden mülâhazaları da belirtmiş bulunmaktayız. Hülâsa etmek lâzım gelirse diyeceğiz ki, maddi aykırılığın muhtevasının suçtan husule gelen zarar veya tehlike neticesi veya kanun koyucuya verilmiş program olduğunu kabul etmiyor, bu neticeyi suç tipine koymakla kanun koyucunun himaye etmek istediği menfaati gözönünde tutuyoruz. Kanun koyucu ile hâkim arasında bir ihtilâf çıktığı zaman kanun koyucunun görüşünün üstün tutulması, hukuka aykırılığın ancak şeklî olabileceğini gösterir. Rocco [271] ve Ranieri [272]'nin dedikleri gibi, müşahhas bir hâdiseyi tanzim eden bir norm olup olmadığı hususundaki araştırma, normlara başvurularak yapılan bir araştırmadır. Hattâ müşabih maddelerin tanzim şeklinden, yahut hukukun umumî prensiplerinden istihraç edilmiş olsa dahi, hukuk dışı

[270] PETROCELLI : *L'antigiuridicità*, s. 93.

[271] ROCCO: *L'oggetto del reato*, s. 497.

[272] RANIERI : *Diritto penale*, s. 113.

(extragiuridica), yahut hukuk ötesi (metagiuridica) bir araştırma değildir.

6. §

HUKUKA AYKIRILIĞIN MEVCUDİYETİ

91 — Hukuka aykırılığın mevcudiyeti meselesi, 92 — Hukuka aykırılığın hem sübjektif, hem objektif bakımdan mevcudiyeti, 93 — Hukuka aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti, 94 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti, 95 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmemesi, 96 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmesi, 97 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin, hatanın hukukî normlara taallûk etmesi halinde kâfi görülmesi, 98 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin, hukuka aykırılığı bilmek imkânsızlığı halinde kâfi görülmemesi. 99 — Kanaatimiz.

91 — Hukuka aykırılığın mevcudiyeti meselesi.

Hukuka aykırılık bir unsur olarak kabul edilince, bundan, suçun teşekkülü için bu unsurun mevcut olması icap edeceği neticesi çıkar. Acaba bu unsur ne vakit mevcut sayılacaktır? Bir diğer söyleyişle mevcudiyet objektif olarak mı, sübjektif olarak mı veya her iki bakımdan da mı nazara alınacaktır?

Tipikliğin mevcudiyetinde olduğu gibi (n. 36), bu mesele de doktrinde umumiyetle hata meselesi olarak mânevî unsur bahsinde ele alınmıştır. Hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetine taallûk etmesi sebebiyle, bu sebepler dolayısiyle, umumî olarak değil, fakat her sebep hakkında ayrı ayrı mütalâa edildiği de vardır.

Doktrinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti meselesinin ayrıca tetkik edildiğine rastlamış değiliz. Hattâ hukuka uygunluk sebeplerinde hata olarak dahi bu meselenin ele alınmadığı çok defa vâkidir. Biz, ayrı bir normatif unsurlar grupunu kabul etmediğimiz (n. 32), ve kusurluluğa da sokamadığımız için, suçun her unsurunun mevcudiyeti bahsinde failin bu husustaki bilgisinin ayrıca tetkikini zarurî görmekteyiz.

Hukuka aykırılığın mevcudiyetinin, tipikliğin mevcudiyetinden farklı olduğunu hatırlatmakta fayda mülâhaza etmekteyiz. Meselemizde, tipikliğin fail tarafından bilinip bilinmemesi bahis mevzuu değildir. *Burada halli lâzım gelen nokta, kanunî tipte tasrih edilen hususlara uyan bir fiilin, başka bir hukuk normu tarafından hukuka uygun sayılıp sayılmadı-*

ğını, bir başka söyleyişle hukuka aykırılık unsuruna tesir eden bir sebebin mevcut olup olmadığını failin bilmesine lüzum olup olmadığıdır.

Hukuka aykırılığın mevcudiyeti meselesi, karşımıza üç ihtimal çıkarmaktadır:

1) Ya hukuka uygunluk sebebi yoktur, fail de bunu bilmektedir. Burada, hukuka aykırılık unsuru hem objektif, hem sübjektif bakımdan mevcuttur.

2) Ya hukuka uygunluk sebebi vardır, fakat fail bu sebebin mevcudiyetini bilmemekte, fiilinin hukuka aykırı olduğunu sanmaktadır. Burada hukuka aykırılık yalnız sübjektif bakımdan mevcuttur.

3) Ya hukuka uygunluk sebebi yoktur, fakat fail var sanmaktadır. Burada da hukuka aykırılık unsuru yalnız objektif bakımdan mevcuttur.

92 — Hukuka aykırılığın hem sübjektif, hem objektif bakımdan mevcudiyeti.

Hukuka aykırılığın her iki bakımdan da mevcudiyeti halinde ihtilâflı bir mesele mevcut değildir. hukuka aykırılık unsurunun tahakkuk ettiğinde tereddüde mahal yoktur. Yalnız bu bahiste, Almanların *Verbrechens aus Überzeugung* adını verdikleri ve İtalyanların *delitti di convinzione* diye tercüme ettikleri Fransızların, *crimes de sectes* diye adlandırdıkları ve bizim de *kanaat suçları* diyebileceğimiz suçların hususiyetlerini belirtmek lâzımdır. Din ve siyaset mutaassıplarının vicdanlarına göre yapılması gerekli olan fiillerden husule gelen bu suçların hukuka aykırılığını failleri bilirler. Fakat taassuba varan inanışlarına göre bu hareketer yapılmalıdır. Hattâ bu hareketlerin yapılması takdire değer. İlâve edelim ki, bu samimî inanış, hukuka aykırılığı, binaenaleyh cezayı kaldırmaz. Sadece hâkim cezanın ölçüsünü tâyinde, icap ediyorsa, bunu nazara alabilir [273].

93 — Hukuka aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti.

Hukuka aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti iki şekilde tecelli edebilir. Failin aksine inanışına rağmen ya hukuka uygunluk sebeplerinden biri vardır. Yahut hususî aykırılık hali mevcut değildir.

---

[273] ALTAVILLA : *Teoria*, s. 128; V. LISZT : *Traité*, s. 265; VIDAL ve MAGNOL : *Cours*, s. 498.

Hususî aykırılığın mevcudiyeti meselesini ileride (n. 106) ayrıca tetkik edeceğimiz için, burada sadece hukuka uygunluk sebebine taallûk eden umumî aykırılıkla meşgul olacağız.

Doktrinde hukuka aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti çok defa açıkça nazara alınmamıştır.

Bazı müellifler, meselâ Almanyada von Liszt[274] ve von Hippel[275], İtalyada Carnelutti[276], Florian[277] ve Pannain[278] ise bu hali de mefruz suçun bir nev'i olarak kabul etmişlerdir.

Hukuka uygunluk sebebi objektif olarak mevcut olduğuna göre, fiilin hukuka objektif bakımdan aykırı olmadığı muhakkaktır. Fakat failin hukuka aykırı sanışının tesiri ne olacaktır? Bu unsur, sübjektif olarak mevcut olmadan dahi, tahakkuk etmiş sayılacak mıdır?

Gerek mefruz suç yolile gerek hukuka uygunluk sebeplerinin objektifliği dolayısiyle, hukuka uygunluk sebebinin fail tarafından bilinmesine lüzum olmadığının umumiyetle kabul edildiği söylenebilir. Sebebin objektif olarak mevcudiyeti ile iktifa edilmekte bir diğer söyleyişle hukuka aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti, bu unsurun tahakkuku için kâfi sayılmamaktadır [279].

Sübjektifliği aşırı hadde götüren Gramatica, sübjektif suç nazariyesinde her şeyi kusurluluk üzerine kurmakta ve bizim hukuka uygunluk sebepleri dediğimiz sebeplerin mevcudiyeti halinde hukuka aykırılığa müteveccih bir kast olmadığını kabul etmektedir [280]. Bundan şu neticeyi çıkarıyoruz ki, eğer fail, hukuka uygun olanı hukuka aykırı sanıyorsa, bu aşırı sübjektif nazariyeye göre, mefruz suç gibi cezalandırılmak lâzım gelecektir.

Mevzuatta umumiyetle sarahat yoktur. Yeni İtalyan Kanunu, açıkça değilse bile, bu meseleyi halleden ender kanunlardan biridir. Filhakika bu kanun, cezayı kaldıran sebeplerin, fail mevcudiyetini bilmese yahut hata ile gayri mevcut sansa dahi, failin lehine tesir edeceğini tasrih et-

[274] V. LISTZ: *Traité*, s. 265.

[275] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 207.

[276] CARNELUTTI: *Lezioni*, s. 180

[277[FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 633.

[278] PANNAIN; *Manuale*, s. 196.

[279] ALTAVILLA: *Teoria*, s. 306; ANTOLISEI: *Elementi*, s. 56; CARNELUTTI: *Teoria*, s. 175; *Lezioni*, s. 180; FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 633; TANER: *Ceza Hukuku*, s. 327; SALTELLI ve ROMANO DI FALCO: *Commento*, c. I, s. 398; VIDAL ve MAGNOL: *Cours*, s. 305; SANTORO: *Teoria*, s. 74.

[280] GRAMATICA: *Teoria*, s. 417

mektedir (m. 59/1). Kanundaki cezayı kaldıran sebep (circonstanza) tâbirinin dar mânada alınmadığı, yani suçun ârızî unsurlarını ifade etmediği, suçu, yahut cezalandırılmayı kaldıran sebeplerin (causa) kastedildiği, kanunun gerekçesine dayanılmak suretiyle, umumiyetle kabul edilmekte, ve bu sebeplerin objektif mevcudiyeti kâfi görülmektedir [281].

94 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif bakımından mevcudiyeti.

Failin hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyetini bilmemesine bilâkis hukuka uygun sanmasına rağmen, fiilinin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağı meselesi doktrinde münakaşalıdır.

Hukuka aykırılığın sübjektif bakımdan mevcudiyetinde olduğu gibi, burada da failin hatası umumî aykırılığa veya hususî aykılığa taallûk edebilir. Hususî aykırılık hallerine taallûk eden hatayı ilerde (n. 106) tetkik edeceğimiz için, şimdilik umumî aykırılığın yalnız objektif mevcudiyeti meselesini ele alacağız.

Failin hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyetini bilmemesine, daha doğrusu hukuka uygunluk sebebi mevcut farzetmesine rağmen, fiilinin hukuka uygun sayılıp sayılmıyacağı, bir diğer söyleyişle objektif bakımdan mevcudiyetin, hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyeti için kâfi addolunup olunmıyacağı meselesi doktrinde ihtilâflara yol açmıştır.

95 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmemesi.

Bir fikre göre hukuka aykırılığın fail tarafından bilinmesine lüzum vardır. Maamafih bu lüzumun izahı bakımından müellifleri çeşitli gruplara bölmek lâzımdır:

1) Büyük bir ekseriyet, hukuka aykırılığın fail tarafından bilinmesi lüzumunu, sübjektif unsurla izah eder. Meselâ Manzini [182], suçun mevcudiyetini bilmesine rağmen meşrû olarak hareket ettiğini sanan kimsenin cezalandırılmaması taraftarıdır. Çünkü suç tavsif edilen fiilin, maddî unsuru tamam olmasına rağmen, sübjektif unsuru mevcut değildir. Failin hukuka aykırılığı bilmemesi, kasdini ortadan kaldırmaktadır.

Maamafih Manzini bu hatanın taksirli olmamasını aramakta, yanılmada taksir varsa ve fiil de taksirle cezalandırılabilen bir fiil ise, failin-

[281] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 274; PANNAIN: *Manuale*, s. 466; SALTELLI ve ROMANO DI FALCO: *Commento*, c. I, s. 389.

[282] MANZINI: *Trattato*, c. II, s. 17, 181, 207.

cezalandırılabileceğini, zira burada sübjektif unsurun mevcut olduğunu söylemektedir. Battaglini [283], Bettiol [284], Florian [285], Pannain [286], Saltelli ve Romano di Falco [287] da hukuka aykırılığın fail tarafından bilinmesini, hukuka aykırılığın mevcudiyeti için değil, sübjektif unsurun mevcudiyeti için lüzumlu görürler. Mefruz meşrû müdafaanın meşrû müdafaa olmadığını, fakat 59 uncu madde mucibince hatanın mazur sayıldığını söyliyen Ranieri [288]' yi bu arada saymak mümkündür. Hukuka aykırılığın bilinmesini aşırı sübjektif nazariyesinin temeli sayan Gramatica'nın da, hukuka aykırılığın bilinmemesi halinde kast olmıyacağı fikrinde olması [289] pek tabiîdir.

Alman doktrini de hukuka mefruz uygunluk hallerinde suç olmamasını, umumiyetle hukuka aykırılık unsurunun değil, sübjektif unsurun tahakkuk etmemesiyle izah etmektedir. Filhakika hukuka aykırılık unsurunun objektif olması hasebiyle, yalnız objektif mevcudiyeti bu unsurun tahakkuku için kâfi sayılmakta, fakat kast unsuru olmadığı sebebiyle suçun teşekkül etmediği ileri sürülmektedir [290]. Hukuka mefruz uygunluğu fiilî hata sayan İsviçre doktrini [291] için de ayni şeyi söyliyebiliriz. Türk doktrininde de bu tezin taraftarları vardır. Prof. Erem «Fiilin meşrûiyeti hakkında makul bir inanç mevcut ise, fail hüsnü niyet ile hareket etmiş sayılabilir. Hüsnüniyet daima fiilî hataya müncer olur ve suç kadsinin mevcut olmadığını gösterir» demektedir [292]. Dr. Bengü de suçu kaldırıcı sebeplerdeki hatanın, fiilî hata olması dolayısiyle, suç kasdini kaldıran bir sebep olduğu fikrindedir [293].

2) Hukuka aykırılığın kusursuz bilinmesinin fail lehine tesir etmesini, hukuka aykırılığın tahakkuk etmemesiyle izah edenler de vardır.

---

[283] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 275.

[284] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 216.

[285] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 523. (Her ne kadar bu müellif, bir yerde (s. 460), hukuka aykırılığın bilinmesine lüzum yoktur, demekte ise de burada ceza kanununu bilmemeyi kasdetmektedir.

[286] PANNAIN : *Manuale*, s. 484.

[287] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO : *Commento*, c. I, s. 398.

[288] RANIERI : *Diritto penale*, s. 124.

[289] GRAMATICA : *Principii*, s. 424.

[290] V. HIPPEL : *Manuale*, s. 154; MEZGER : *Diritto penale*, s. 339.

[291] LOGOZ : *Commentaire*, s. 73.

[292] EREM : *Türk Ceza Hukuku*, s. 327.

[293] BENGÜ : *Ceza Hukukunda Hata*, 1948, s. 75.

Bunlar, açıkça olmasa bile, hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif mevcudiyetini kâfi saymak suretiyle, hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetini kâfi görmemektedirler.

Carrara, meşrû olarak hareket eden bir kimsenin hareketinin hukuka aykırı sayılamıyacağını söylemek suretiyle hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırılığı kaldıran bir sebep olduğu neticesine varmakta ve meşrûiyetin makul bir surette mefruz olmasını, hakikiliğine benzetmektedir [294]. Prof. Taner [295] de, meşrû müdafaadaki zaruretin sübjektif bakımdan takdirini de kabul etmekle hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetini kâfi görmemek neticesine varmıştır.

Hukuka mefruz uygunluk hallerinde, kast olmadığı değil, fakat failin tehlikeliliği bulunmadığı için ceza verilmiyeceğini kabul edenler de bu grupta sayılmak lâzımdır. Bunlar sübjektif bakıma verilen bu ehemmiyeti göstermek için, meselâ *mefruz meşrû müdafaa* yerine *sübjektif meşrû müdafaa* tâbirini tercih etmektedirler [296]. Hukuka uygunluk sebeplerinin biri hukukî ihtilâftan ibaret maddî, diğeri failin cemiyete aykırı olmıyan âmiller tesiriyle hareket etmiş olmasından ibaret ruhî iki esası olduğunu kabul eden Ferri, bir taarruz başlangıcını gösterecek maddî haller olmak şartiyle failin samimî inanışına bu sebeple kıymet vermektedir [297].

Yeni İtalyan kanunu, bu hususta sarahat ihtiva eden nadir kanunlardan biridir. 59 uncu maddenin üçüncü fıkrası, mevcut olduğu sanılan cezayı kaldırıcı sebeplerin fail lehine tesir edeceğini, fakat yanılmada taksir varsa ve fiil de taksirle cezalandırılan bir fiil ise, failin cezalandırılacağını tasrih etmektedir. Bu hükmün kast nazara alınarak sevkedildiği düşünülebilirse de, fiilî hata gibi, suçun sübjektif unsurunu müteakip değil de, suçun sirkonstansları faslında nazara alınmış olması, cezayı kaldıran sebeplerin mevcudiyeti ile alâkalı görüldüğünü göstermektedir. İtalyan doktrininin 59 uncu maddedeki, «cir costanza» tâbirini yalnız ârızî unsur mânasına almadığını, suçu kaldıran hukuka uygunluk sebeplerinin de bu tâbire dahil kabul edildiğini evvelce görmüş bulunuyoruz (n. 93).

---

[294] CARRARA : *Programma*, c. I, § 294, 299.

[295] TANER : *Ceza Hukuku*, s. 418.

[296] ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 156; FERRI : *Principii*, s. 471.

[297] FERRI : *Principii*, s. 471.

96 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmesi.

Bir fikre göre de hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyeti, bu unsurun tahakkuk etmiş sayılması için kâfidir. Bir diğer söyleyişle, failin hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunu sanmasının ehemmiyeti yoktur.

Meselâ von Liszt [298] şöyle demekteydi [299]: Hukuka aykırı hareketin yanlışlıkla hukuka aykırı olmadığının sanılması failin lehine tesir etmez. Ceza kanununun esası olan emir ve yasaklarda hatanın ehemmiyeti yoktur. Bu kaidenin tatbiki neticesi olarak kendini meşrû müdafaa veya mecburiyet vaziyetinde zanneden kimsenin hakikaten meşrû müdafaa veya mecburiyet vaziyetinde olduğunun kabul edilmesine imkân yoktur. Hata, fiilî de olsa, hukukî de olsa, tesirsiz kalmalıdır. Bu tezi kabul eden nadir Alman müellifleri arasında Köhler de vardır [300].

Moro da [301], normal ve istisnaî hukuka aykırılık arasında fark görmemek esasından hareket ederek meseleyi ceza kanununu bilmemenin tesirsizliği ile izah etmekte, yâni objektif mevcudiyeti kâfi saymaktadır.

97 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin, hatanın hakikî duruma taallûk etmesi halinde kâfi görülmemesi.

Diğer bir fikre göre de bir tefrik yapmak lâzımdır [302]. Bu fikir taraftarları bilhassa hukuka aykırılığı menfi unsur olarak kabul edenlerdir.

1) Hata, filhal bir taarruzun hatalı olarak kabulünde olduğu gibi, hakikî duruma taallûk ediyorsa, fail bundan istifade etmeli, mefruz hukuka uygunluk ceza verilmesine mani olmalıdır. Bir diğer söyleyişle hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyeti kâfi görülmemelidir.

2) Hata, meselâ meşrû müdafaa mefhumunun yanlış anlaşılması gibi, hukukî normlara taallûk ediyorsa, fail bundan istifade etmemeli, hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyeti kâfi görülmelidir.

---

[298] V. LISZT: *Traité*, s. 266.

[299] V. Liszt'in Schmidt tarafından devam ettirilen *Lehrbuch*'unda (1925, s. 249) aksi kanaat izhar edilmektedir (Mezger'den naklen: *Diritto penale*, s. 340).

[300] KÖHLER: *Deutsches Strafrecht*, 1917, s. 287 (Liszt-Schmidt'den naklen: *Lehrbuch*; 1921; § 4; not 4).

[301] MORO: *L'antigiuridicità penale*, s. 143.

[302] Bu hususta bak.: V. Liszt: *Traité*, s. 206, not 4.

Bu tefriki kabul eden Vannini [303], fazla olarak, fiilî hatanın kusursuz veya taksirli olması ihtimallerini derpiş etmektedir. Hata kusursuz ise fiil cezalandırılmıyacaktır. Tehlike mevcudiyetinin tâyininde lâzım gelen dikkati göstermemek misalinde olduğu gibi, hata taksirli ise, suçun mahiyeti de müsaitse, taksirli suçtan dolayı mesuliyet kabul olunacaktır. Buna mukabil hukuka uygunluk sebebine taallûk eden normların şümulüne taallûk eden hata, hiç bir zaman nazara alınmıyacaktır. Kanunun meşrû müdafaayı kabul etmediği haklara karşı meşrû müdafaanın kabul olunduğunun sanılması halinde olduğu gibi.

Meşrû müdafaada taarruzun haksızlığında hatayı kabul etmiyen, fakat müdafaa zaruretindeki sübjektif takdire değer veren Maggiore'yi [304] bu grupta saymak mümkündür.

98 — Hukuka aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin, hukuka aykırılığı bilmek imkânsızlığı halinde kâfi görülmemesi.

Bir fikre göre de hukuka aykırılığı bilmek imkânına göre mesele halledilmelidir. Von Hippel'in bu fikrine evvelce de temas etmiş bulunuyoruz (n. 41). Bu müellif, fiile taallûk eden kusurdan ayrı olarak hukuka aykırılığa taallûk eden bir kusur mefhumu tasavvur etmekte ve bu bakımdan üç türlü hukuka aykırılık kabul etmektedir [305]. Kasdî hukuka aykırılık, failin hukuka aykırılığı bilmesi halidir. Kasdî suçun tam cezası verilmelidir. Kusursuz hukuka aykırılık, failin hukuka aykırılığı bilmesine imkân olmaması halidir. Hiç ceza verilmiyecektir. Taksirli hukuka aykırılık, bilmesi imkânı olduğu halde failin hukuka aykırılığı bilmemesidir. Bu takdirde ceza azaltılarak verilecektir. Taksirli hukuka aykırılığın kasıtlı bir suç hakkında olması da mümkündür. Çünkü iki çeşit kusurluluk ayrı ayrı unsurlara taallûk etmektedir.

İsviçre ceza kanununun haklı olarak hareket ettiğini sanan ve bu hususta kâfi sebepleri bulunan kimsenin cezasının serbestçe indirilebileceği, hattâ hiç ceza verilmiyebileceği hükmünü sevketmekte olan 20 nci maddesinin de taksir derecesine cezayı uydurmak imkânını verdiği umumiyetle kabul edilmektedir [306].

---

[302] VANNINI: *Lineamenti*, s. 121; *Manuale*, s. 163.

[304] MAGGIORE: *Diritto penale*, c. 1, s. 309, 311.

[305] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 198.

[306] LOGOZ: *Commentaire*, s. 78.

99 — Kanaatimiz.

Hukuka aykırılığın mevcudiyeti hakkındaki görüşlerimizi, ihtilâflı iki noktaya taallûk etmesi itibariyle, ayrı ayrı belirteceğiz.

I *Hukuka aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyetinin, bu unsurun tahakkuku için kâfi olmadığı kanaatindeyiz.* Bir diğer söyleyişle hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak mevcudiyetini failin bilmemesinin ehemmiyeti yoktur.

Şöyle düşünüyoruz: Bu fiilleri hukuk nizamı emir veya tecviz etmiştir. Şu halde bu fiilleri işliyen kimselerin cemiyet için tehlikeli olmadıkları kabul edilmiş demektir. Belli şartların tahakkuku halinde fiilin hukuka aykırı sayılmaması, o objektif durumdaki failin cemiyet için tehlikesiz olması, bir diğer söyleyişle objektif durumun failde yarattığı sübjektif duruma ehemmiyet verilmesi sebebiyledir. O durumdaki kimseden başka türlü hareket etmesini istemenin mümkün olmadığı, o şekilde hareket eden kimsenin cemiyet için tehlikeli bir şahıs sayılamıyacağı mülâhazaları iledir ki, bu sübjektif durumu tevlit eden objektif durumun şartları hukuka uygunluk sebepleri şartları olarak birer birer tesbit edilmiştir.

Bir taraftan failini tehlikesiz gösterip fiile müsaade etmek, diğer taraftan failini tehlikeli saymak ve cezalandırmak bir tenakuz olurdu. Ceza verdirmemek için suçun teşekkül etmediğini söylememiz ve bunun için de bir unsurunun noksan olduğunu ilâve etmemiz lâzımdır. Burada, yâni failin hukuka uygunluk sebebini bilmemesi halinde noksan olan unsur hukuka aykırılık unsurudur. Objektif bakımdan mevcut olan hukuka aykırılığı tahakkuk etmemiş saymak için, sübjektif bakımdan mevcudiyetin şart olduğunu söylemekten başka çare yoktur.

Hukuka aykırılığın yalnız sübjektif mevcudiyetini kâfi saymamızdan çıkan netice şudur ki, hukuka uygunluk sebeplerinden biri objektif olarak mevcut ise fiil hukuka uygundur, yâni suç değildir. Bu itibarla ortada suç yok, fakat suç vehmi, suç zannı vardır. Bu sebepledir ki bu hali mefruz suçun bir nevi olarak kabul etmekteyiz (n. 37).

Kanunumuzda bu hususu tanzim eden bir hüküm bulunması çok iyi olurdu diye düşünmekteyiz.

II. A) Hukuka aykırılığın fail tarafından mutlak bilinmesi icap edeceğini ileri süren nazariyeler kanaatimizce kabul edilemez.

a) Umumiyetle yapıldığı gibi, bu hususta kast unsuruna başvurmağa ne imkân ve ne de lüzum vardır. Bir kere, iradî kasıt nazariyesini benimsediğimiz ve normatif kast nazariyesini reddettiğimiz için failin bil-

gilerinin kasda dahil olmadığı fikrindeyiz. Hareket ve neticenin istenmesi, kasdin mevcudiyeti için bizce kâfidir. Kaldı ki, sübjektif unsur, sadece kasıttan ibaret değildir. Diğer taraftan, hukuka aykırılık, müstakil bir unsur olduğuna göre bu unsurun mevcudiyetini de, diğer unsurlardan müstakillen izah etmek mümkündür ve bu itibarla kasıt yokluğunu ileri sürmeğe de lüzum yoktur.

b) Hukuka mefruz uygunluk hallerinde failin tehlikeli bulunmadığı iddiası da, mutlak olarak ele alınırsa, hatalı ve mahzurlu sayılmak lâzımdır. Ceza Kanununu bilmeme halinde olduğu gibi, bu kaidenin de mutlak tatbiki, cemiyet için zararlı olabilir.

B) Hukuka aykırılığın fail tarafından bilinmesine asla lüzum olmadığı, hukuka uygunluk sebeplerindeki hatanın her zaman tesirsiz olduğu tezi de kanaatimizce kabul edilmemelidir. Bu meselenin ceza kanununu bilmeme meselesine irca edilmesi kabul edilse dahi, bu netice, ceza kanununu bilmemede olduğu gibi, burada da istisnalar kabul etmemize mani olmıyacaktır.

III. Hukuka aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti vesilesiyle arzettiğimiz gibi (n. 99, I), hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olarak mevcudiyetinin kâfi görülmesi, bu sebeplerin failin bilgisinden kaideten müstakil olduğunu göstermektedir. Şu halde, *kaide, hukuka uygunluk sebeplerinin objektif olarak mevcut olmadığı halde mevcut farzedilmesinin, bu sebeplerin ve dolayısiyle, hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyeti bakımından tesiri olmamasıdır.* Kaidenin bu şekilde tesbiti, ceza kanununu bilmemede olduğu gibi, bazı *istisnalar* kabul edilmesine kanaatimizce mani bulunmamaktadır. Bir diğer söyleyişle, hukuka aykırılığın yalnız objektif bakımdan mevcudiyetinin kâfi sayılmadığı haller vardır.

1) İstisnanın kabulü için birinci şart, hatanın hukuka uygunluk sebebinin kendisine veya unsurlarına değil, fakat unsurlarının tahakkukuna taallûk etmesi halidir. Belli unsurların objektif olarak tahakkuku halinde failin fiilini sübjektif durumu nazara alarak hukuka aykırı saymıyan kanun koyucu, ayni unsurları tahakkuk etmiş sayan bir kimsenin de ayni sübjektif durumda bulunduğunu nazara almamazlık edemez. Fail, kanundaki meşrû müdafaa hükümlerini ve şartlarını bilmiyebilir. Zaten meşrû müdafaa vaziyetindeki kimsenin tehlikesiz, cezalandırılmaması gereken bir kimse olması, kanundaki meşrû müdafaa hükmünü ve şartlarını bilmesinden dolayı değildir. Bilâkis o durumdaki kimse tehlikesiz, cezalandırılmaması gereken bir kimse olduğu için, kanuna, meşrû mü-

dafaaya ait hükümler konulmuştur. Ancak kanunun aradığı şartların tahakkuku veya tahakkuk etmiş sayılması halindedir ki, o kimse hakikaten tehlikesiz bir kimsedir. Şartların objektif tahakkukunun sabit olmasiyle iktifa edilmemesi, bu halde failin istenilen sübjektif durumda olacağının önceden kabul edilmesinin bir neticesidir, yoksa sübjektif durumun ehemmiyeti olmamasından değildir. Bunun içindir ki objektif olarak şartlar tamamen tahakkuk etmese dahi failin sübjektif olarak tahakkuk etmiş sayıp saymadığına bakmak lâzımdır. Buna mukabil, kanunun aramadığı bir şartı, kanunun aradığını sanmak, meselâ meşrû müdafaa şartlarında yanılmak halinde istisna kabulüne sebep yoktur. O, sübjektif durumdaki kimsenin fiilini hukuka uygun saymak icap etseydi, kanun koyucu, o mefruz şartları da, kanuna uygunluk sebebi şartları olarak sayardı. Mal için meşrû müdafaayı kabul etmiyen memleketlerde mal için meşrû müdafaanın kabul edildiğini sanarak hareket eden kimsenin fiilini bu itibarla hukuka aykırı addetmek icap edecektir.

2) İstisnanın kabulü için ikinci şart, hatanın kusursuz olmasıdır. Failin hakikî duruma taallûk eden hatası taksirli ise, kendisinin büsbütün tehlikesiz bir kimse olduğu söylenemez ve bu itibarla umumî kaideden ayrılmak için bir sebep mevcut değildir. Bu vaziyette, hukuka aykırılık unsurunu tahakkuk etmiş kabul etmek lâzımdır. Maamafih, ilâve etmemiz lâzımdır ki, taksirin mevcudiyetini takdirdeki ölçü, taallûk ettiği unsura göre değişecektir. Hukukî normlara taallûk eden meselâ meşrû müdafaada taarruzun haksızlığına taallûk eden hatada kolaylıkla taksir bulmak kabil olabilecek, fakat fiilî durumlara taallûk eden meselâ yine meşrû müdafaada müdafaa zaruretine taallûk eden hatada kusur bulmak bir hayli güç olacaktır. Hülâsa, biz de von Hippel gibi, hukuka aykırılığa taallûk eden hatanın taksiri ile suçun kusurluluk unsuru arasında bir rabıta olmadığı kanaatindeyiz. Kusurluluk unsurunun hukuka aykırılıktan önce ve ayrıca tahakkuk edeceğini kabul ettikten sonra (n. 62), hukuka aykırılığı bilmemenin kusurluluğu kaldıracağını zaten söyliyemezdik. Bu itibarla hata taksirli olduğu için hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyetine hükmolunan suçun meselâ kasdî bir suç olması mümkündür. Bundan çıkan netice şudur ki, İtalyan Kanunundakinin aksine olarak, işlenen suç, meselâ taksirle adam öldürme değil, fakat İsviçre kanunundaki gibi kasden adam öldürme suçu olarak kabul edilmelidir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin tahakkukundaki taksirli hatası, o kimsenin böyle bir hatası olmıyan kasden adam öldürme suçu faillerine nazaran daha az tehlikeli olduğunu ve binaenaleyh daha az cezaya lâyık olduğunu göstermektedir. Bu sebeple cezasını verirken, bu hali de nazara

almak icap eder. Zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler hakkındaki 50 nci maddemizin kâfi gelmediğini, hukuka aykırılığın objektif mevcudiyetinin kifayeti hususunda kanunda sarih bir hüküm konulmasının çok uygun olacağını belirtmek isteriz.

7. §

HUKUKA HUSUSÎ AYKIRILIK

100 — Bazı suçlarda hususî olarak aranan hukuka aykırılık unsurları.

Kanun koyucular, bazı suçlarda fiilin hukuka aykırı olmasını, çeşitli tâbirler kullanarak, ayrıca tasrih etmişlerdir. Meselâ Türk Ceza Kanununun 181 inci maddesinde (salâhiyeti olan merciden verilmiş hüküm ilâmı veya tevkif müzekkeresi olmaksızın), 195 inci maddesinde (usul ve nizam hilâfına), 197 nci maddesinde (gönderenin rızası hilâfına), 198 inci maddesinde (meşrû bir sebebe müstenit olmaksızın), 200 üncü maddesinde (memuriyet sıfatını suiistimal suretiyle), 209 ve 210 uncu maddelerinde (memuriyet sıfatını veya memuriyete ait vazifeyi suiistimal suretiyle), 252 nci maddesinde (hilâfı nizam), 253 üncü maddesinde (salâhiyeti olmaksızın), 491 inci maddesinde (rızası olmaksızın), 511 inci maddesinde (kanunu medenîde yazılı ahkâma riayet etmeksizin) tâbirleri kullanılmıştır.

101 — Hukuka hususî aykırılık meselesi.

Kanunların bazı suçlarda hukuka aykırılığı ayrıca tasrih etmesi, şu şekilde ifade edilebilen bir meseleyi ortaya çıkarmıştır: bazı suçlarda ayrıca aranan hususî diyebileceğimiz aykırılık halleri var mıdır?

İlk defa Beseler [307] bu vaziyeti hukuka hususî aykırılık diye ifade etmiştir. İtalyanların *antigiuridicità speciale* yahut *illecitudine speciale* dedikleri bu aykırılığın mahiyeti ihtilâflıdır.

102 — Hukuka hususî aykırılığın fiile taallûk eden bir vasıf veya şart olduğu telâkkisi.

Bir fikre göre hukuka hususî aykırılık diye ifade edilen bu hal, fiil unsuruna taallûk eden bir vasıf veya şarttan başka bir şey değildir, bu itibarla hukuka aykırılığın hususî bir şekli değildir. Meselâ Battaglini, hususî sarahat hallerinin fiil unsuruna taallûk eden bir şart (requisito) olduğu ve taallûk ettikleri suçun hususî bir kurucu unsuru olmadığı fikrindedir [308]. Levi'ye göre de bu sarahat ile fiile taallûk eden bir vasıf (nota) belirtilmiştir [309].

Pannain da hukuka aykırılık mefhumunun bir tek olduğu, ve bölünmez bir bütün teşkil ettiği kanaatindedir [310]. Bu müellife göre, kanunun gayri meşrûiyeti, keyfîliği, haksızlığı ayrıca tasrih ettiği bütün suçlarda fiilin unsurları belirtilmektedir. Kanunî tipte dahil olan bütün unsurlar fiile taallûk etmektedir. Maamafih ilâve etmek lâzımdır ki, Pannain kanundaki sarahat hallerini bir hakkın kullanılması veya bir vazifenin ifası halinde hukuka aykırılık olmadığını bildiren 51 inci madde muvacehesinde lüzumsuz görmekte, 1930 kanununda bunların sayısının azaldığına işaret etmektedir.

103 — Hukuka hususî aykırılık ile umumî aykırılık arasında fark olmadığı telâkkisi.

Hukuka hususî aykırılık hallerinin, hukuka aykırılığa taallûk ettiğini kabul edenlerden bir kısmı bu ikisi arasında mahiyet farkı olmadığı fikrindedir. Meselâ Carnelutti'ye göre [311] hukuka hususî aykırılığın umumî aykırılıktan ne mahiyet ve ne de şiddet itibariyle bir farkı vardır. Sadece bu hallerde şekil ile birlikte, sebep de aranmaktadır. Umumî olarak sadece şekil ile iktifa edildiği halde, bu suçlarda hukuka aykırı-

---

[307] BESELER: *Kommentar zum preussischen Strafgesetzbuch;* 1851, s. 46 (Carnelutti'den naklen: *Teoria,* s. 139).

[308] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 118.

[308] LEVI: *Ancora in tema di illiceità speciale.* Studi in memoria di Massari, 1938 (Bettiol'dan naklen: *Diritto penale,* s. 194).

[310] PANNAIN: *Manuale,* s. 179.

[311] CARNELUTTI: *Teoria,* s. 138, 140.

lığın sebebi de araştırılmaktadır. Buna da sebep, kanun koyucunun, bu müellifin tâbiriyle, aktif menfaati, yâni failin gözönünde tuttuğu, takip ettiği menfaati, suçun kurucu unsurları arasında sayacak kadar ehemmiyetli saymasıdır.

Bettiol da bazı suçlarda hukuka aykırılığın ayrıca tasrih edilmesi sebebinin mahiyet farkından ileri gelmediğini, bu vaziyetin tarihî sebeplerle izah edilebileceğini ve evvelce içtimaî vicdanın suç saymadığı bir fiili suçlandırırken kanun koyucuların hukuka aykırılığı tasrih etmeğe lüzum duyduklarını, bu suretle ceza bakımından meşrû sayılan fiiller üzerine dikkati çekmek istenildiğini söylemektedir [312].

Hukuka aykırılığın tasrihine umumiyetle ihtiyaç olmadığını, fakat tasrih edilen hallerde hususî aykırılığın, o suçu koyan normdan başka normlardan anlaşılması gerektiğini söyliyen Manzini'yi [313] de bu grupta saymak mümkündür.

104 — Hukuka hususî aykırılık ile umumî aykırılık arasında fark olduğu telâkkisi.

Hukuka hususî aykırılık hallerinin, hukuka aykırılığa taallûk ettiğini kabul edenlerin bir kısmı da bu iki aykırılık arasında fark olduğu fikrindedir. Bu fark da failin hususî aykırılığı bilip bilmemesi bakımındandır.

Bu fikir taraftarlarından von Liszt'e [314] göre: suçun hukuka aykırılığını ayrıca tasrih etmeğe lüzum yoktur. Buna rağmen kanun koyucu bazı suçların tiplerini tesbit ederken bunu ayrı bir unsur olarak kabul eder. Bunun iki sebebi vardır. Birinci sebep, kanun koyucu nazarında o suç için kanuna uygun ve aykırı hallerin tefrikinin güç olmasıdır. İkinci sebep de imparatorluk mevzuaatının Alman devletlerine o fiile taallûk eden müsaadeler vermek imkânını kabul etmesidir. Kanun koyucunun hukuka aykırılığı ayrıca tasrih etmesinin von Liszt'e göre, iki hususiyeti vardır: 1) Hususî aykırılığın mevcudiyeti, hükümde tasrih ve tesbit edilecektir. 2) Umumî aykırılığın objektif olarak tetkik edilmesine, failin bilip bilmemesine bakılmamasına mukabil, hususî aykırılık tasrih edilen hallerde failin kasdinden maada bu aykırılığı da bilmesi aranacaktır.

---

[312] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 194.

[313] MANZINI : *Trattato*, c. I, s. 415.

[314] V. LISZT : *Traité*, s. 207, 267.

Von Hippel'e [315] göre de bir çok yerlerde hususî aykırılık hükümleri zaittir, gayrı vâzihtir. Yeni projeler tarafından kabul edilmemişlerdir. Fakat hukukî nizamın meş'ur bir şekilde ihlâli suçun mahiyetine taallûk eden hallerde, meselâ hırsızlıkta, tasrihe lüzum vardır. Von Hippel de tefrikin usulî farkına işaret etmekte ve umumî aykırılık halinde ancak tereddüt ve şüphe uyandığı zaman hükümde gösterilmesine mukabil, hususî aykırılık hallerinin her zaman hükümde tasrih edilmesi lâzımdır, demektedir.

Florain'a [316] göre de umumî aykırılık halleri ile hususî aykırılık halleri farklıdır. Birinciler suçun en esaslı umumî şartıdır. Onun için ne umumî ne hususî kısımda gösterilmesine dahi lüzum görülmemiştir. Tasrihine lüzum görülen hususî aykırılık hallerinin bir fazlalığı vardır. O da bunların taallûk ettikleri suçların kurucu unsurlarından biri olmalarıdır. Bu sebepledir ki, failinin hukuka hususî aykırılığı bilmesi lâzımdır. Bu da hukuka umumî aykırılığın bilinmesine lüzum olmadığı kaidesinin mühim bir istisnasını teşkil eder.

105 — Kanaatimiz.

Hukuka aykırılığın hususî surette tasrih edildiği hallerin hususî aykırılık diye kabul edilip edilmemesi, bizce daha ziyade kelime ve ıstılah meselesidir. Unsur ve vasıf tefrikini yapan ve hukuka aykırılığı vasıf sayanların, unsur olarak kabul ettikleri hususî aykırılık hallerini, hukuka aykırılık cinsinin bir nevi olarak kabul etmelerine elbette ki imkân yoktur.

Kanaatimizce, hukuka aykırılık, umumî olarak, suçun bir şart - unsurudur. Bu umumî aykırılık unsurunun suç tipinde tasrihine lüzum yoktur (n. 71, II). Fakat kanun koyucu bazı aykırılıkları tasrih etmişse, bu suretle hareket etmesi herhalde sebepsiz değildir. Bu sebep, sadece tarihî değildir. Bugün mevcut zaruretler hususî bir tasrihi icap ettirmeseler, hususî aykırılık halleri çoktan maziye karışmış olurlardı. Alâkalıların ve bilhassa hâkimlerin dikkatini çekmek gibi bir sebep ise, bu hükümlerin sadece ihtar mahiyetinde olduğunu kabul demek olur ki bu da ceza kanunu normlarının mahiyetine aykırı düşer. Hususî aykırılık hallerinin tasrihi sebebi, bizce ikidir: Birincisi suç kurbanının rızası olmasının, hukuka umumî uygunluk sebebi sayılmamasıdır. İkincisi de, ilerde göreceğimiz gibi (n. 109) failin bilmesi bakımındandır. Görülüyor

[315] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 156, 197.

[316] FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 410, 460.

ki, bu farklar, bu aykırılıklardan birinin umumî yâni cins, diğerinin hususî yâni nevi' sayılmasına mani olacak mahiyette değildir.

106 — Hukuka hususî aykırılığın mevcudiyeti meselesi.

Hukuka umumî aykırılıkta olduğu gibi (n. 91), hususî aykırılıkta da bir mevcudiyet meselesi bahis mevzuudur. Bu mesele şu şekilde ifade edilebilir: hususî aykırılık unsurunun tahakkuk etmiş sayılması için hem sübjektif, hem objektif bakımdan mevcudiyeti şart mıdır? Her ikisi olduğu zaman, mesele yoktur. Fakat yalnız sübjektif veya yalnız objektif bakımdan mevcudiyet hallerinde, unsurun tahakkuk ettiğinin kabul edilip edilmiyeceği meseleleri ortaya çıkmaktadır.

107 — Hukuka hususî aykırılığın yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyeti.

Failin aksine inanışına rağmen, hususî aykırılık hali mevcut olmıyabilir. Fail haksız olarak, keyfî olarak hareket ettiğini sanmaktadır. Halbuki hareketi objektif olarak haklıdır, hukuka uygundur. Failin bu inanışının tesiri ne olacaktır, hukuka aykırılık unsuru tahakkuk etmiş sayılacak mıdır?

Doktrinde bu meselenin umumî aykırılıktan farklı olarak ele alındığına rastlamamış bulunmaktayız. *Kanaatimizce, yalnız sübjektif bakımdan mevcudiyet, bu unsurun tahakkuku için kâfi değildir.* Hukuka objektif olarak uygun olan bir hareket, cemiyet için tehlikeli olmıyan bir harekettir. Faili, fiilinin uygunluğunu bilmese dahi, objektif hukukun tecviz ettiği veya emreylediği bir hareketi yapmış demektir. Hukukî kaideleri bilmemesi, onun tehlikeli sayılmasına ve bu itibarla cezalandırılmasına sebep olmamak lâzımdır.

108 — Hukuka hususî aykırılığın yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti hakkında telâkkiler.

Hususî aykırılıkla meşgul olan cezacıların üzerinde durdukları mesele, aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetidir, bir diğer söyleyişle failin hususî aykırılığı bilmeyişidir.

I. Hâkim olan Alman doktrini, hukuka hususî aykırılığın bilinmesini kast unsurunun tahakkuku için zarurî görmektedir. Evvelce de işaret ettiğimiz gibi (n. 104), hususî aykırılık ile umumî aykırılık arasında fark görenler bilhassa bu nokta üzerinde durmaktadırlar. Meselâ von Liszt, «Fail, hukuka aykırılığın olmadığını farzetmiş ise, fiil cezalandı-

rılabilir olmaktan çıkar» demekte ve hukuka hususî aykırılığın bilinmesini kast için lüzumlu saymaktadır [317]. Von Hippel de hususî aykırılığın bilinmemesi halinde kast olmadığı kanaatindedir [318].

Florian da ayni sübjektif unsur yokluğu neticesine hüsnü niyet yoluyla varmaktadır. Bu müellife göre, hüsnü niyetli kimseleri cezalandırmamak için hususî aykırılık şartları kabul edilmiştir. Hüsnü niyet varsa, yâni bu hususî şartlar bilinmiyorsa, bu suçlar teşekkül edemez [319]. Altavilla [320] ve Battaglini [321] de şöyle düşünmektedirler: Hususî aykırılık, ceza kanunundan başka kanunu bilmemekten ileri gelir. Bu ise fiilî bir hata meydana getirir. Fiilî hata ise kasdı kaldırır. Levi ise hususî aykırılığı fiille taallûk ettirdiği için, fiilin vasfını bilmeyi kasda dahil saymakta ve bilmeme halinde kasdın bulunmadığını söylemektedir [322].

II. Bir fikre göre de, hususî aykırılığın bilinmesine lüzum yoktur. Bunlar umumî aykırılık gibi, hususî aykırılığın da fail tarafından bilinmesinin kast bakımından lâzım olmadığı kanaatindedirler. Bu fikir taraftarları arasında, misal olmak üzere Almanyada Lucas [323] ile Kohlrausch [324]'ı, İtalyada Delitala [325], Bettiol [326] ve Santoro [327]'yu zikredebiliriz.

---

[317] V. LISZT: *Traité,* § 41, s. 267.

[318] V. HIPPEL: *Manuale,* s. 156, 197. İlâve etmek lâzımdır ki, V. Hippel, hususî aykırılık halleri olarak ancak hususî kast da denilen saikleri nazara almaktadır.

[319] FLORIAN: *Trattato,* c. I, s. 460.

[320] ALTAVILLA: *Teoria,* s. 128.

[321] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 198.

[322] LEVI: *Ancoro in tema di illiceità speciale.* Studi in memoria di Massari, 1938 (Bettiol'dan naklen: *Diritto penale,* s. 194).

[323] LUCAS: *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte,* 1883, s. 60 (V. Liszt'den naklen: *Traité,* s. 267, not 5).

[324] KOHLRAUSCH: *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht.* 1903, s. 72 (V. Liszt'den naklen: *Traité,* s. 267, not 5).

[325] DELITALA: *Il fatto nella teoria generale del reato,* s. 55 (Altavilla'dan naklen: *Teoria,* s. 128).

[326] BETTIOL: *Diritto penale,* s. 194.

[327] SANTORO: *Teoria delle circostanze del reato,* s. 64, not 4.

109 — Kanaatimiz.

Görülüyor ki hususî aykırılığın yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti ile iktifa edilip edilmiyeceği hakkındaki telâkkiler, meseleyi daima kast zaviyesinden ele almışlardır. Bir diğer söyleyişle hususî aykırılığın, hukuka aykırılık unsuru olmak sıfatiyle objektif mevcudiyeti kâfi görülmüş, fakat kast unsuru var mıdır, yok mudur diye münakaşa edilmiştir. Biz bu görüşe iştirak etmemekteyiz. Biz, kusurluluk unsurunu, suçun maddî unsurlariyle fail arasındaki ruhî bağ diye kabul ettiğimiz ve ister umumî, ister hususî olsun, hukuka aykırılığı fiilî unsurdan ayrı ve müstakil bir unsur saydığımız (n. 55) için, hareket ve neticeden ibaret fiil unsurundan gayri unsurları failin bilmesinin kusurlulukla münasebetini görmemekteyiz. Suçun diğer unsurlarının, bu arada hukuka aykırılığın mevcudiyeti müstakilen bahis mevzuudur. Bu mevcudiyet ise objektif ve sübjektif bakımlardan hesaba katılması mümkündür (n. 36, 91).

Hukuka umumî aykırılığın yalnız objektif mevcudiyetinin kâfi görülmesinin kaideyi teşkil ettiğini, fakat bazı hallerde istisnaen sübjektif mevcudiyetin de arandığını görmüş bulunuyoruz (n. 99, III). Hususî aykırılıkta ise, vaziyet tamamen aksidir. Yâni objektif mevcudiyetin kâfi görülmemesi kaidedir, bazı hallerde objektif mevcudiyetle iktifa edilmesi, bir diğer söyleyişle failin hatasının nazara alınmayışı ise istisnadır.

Umumî aykırılık ile iktifa etmeyip, kanun koyucunun bazı suçlarda hukuka aykırılığı tasrih etmesinin sebepsiz olamıyacağını ve bu sebeplerden birinin de failin bilgisi bakımından olduğunu belirtmiş bulunuyoruz (n. 105). Filhakika sebep sadece, suç kurbanının rızası olmasının umumî uygunluk sebebi sayılmamış olmasından ibaret olsaydı, hususî aykırılık hallerinin rızaya taallûk etmesi icap ederdi. Fakat objektif hukuka taallûk eden, salâhiyetsiz, hilâfı nizam, vazifenin suiistimali suretiyle gibi tâbirlerin kullanılmış olması, bir başka sebebin daha mevcut olduğunu göstermektedir. Bu da olsa olsa, failin bilgisi bakımından olabilir. Failin bilmesine kaide olarak lüzum yoktur, denirse umumî ve hususî aykırılık arasında fark kabul edilmemiş olur. İstisnanın kabulüne cevaz yoktur, denilirse, cemiyet için tehlikesi olmıyan kimselerin dahi cezalandırılması tecviz edilmiş olur. Bir üçüncü ihtimal daha vardır. O da failin bilmesinin de kaide olarak lüzumlu olmasıdır. Biz bu ihtimali varit görüyor, umumî ve hususî aykırılık arasındaki farkı bununla izah ediyoruz. Bu kanaate şöyle bir mülâhaza ile varmış bulunuyoruz:

Kanun koyucunun hukuka aykırılık halini açıkça biz unsur olarak kabul etmesi ona verdiği ehemmiyeti gösterir. Bu ehemmiyet, failin onu bilmesi bakımındandır. Meselâ irtikâp cürmünde memuriyet sıfatının veya memuriyete ait vazifenin suiistimal edilmesi tasrih edildiği halde zimmet ve ihtilâs cürmünde tasrih edilmemesi ancak böyle izah edilebilir. Bu ikincilerde failin vazifeyi suiistimal ettğini bildiği mefruzdur. Aksi isbat olunacaktır. Umumî aykırılığın meydana gelmemesi için ancak umumî uygunluk sebeplerinden birinin meselâ kanun hükmünü icrasının mevcudiyeti lâzımdır. Eğer fail kanun hükmünü icra ettiğini sanıyorsa ve bu hatası taksirsiz ise, ancak o zaman umumî aykırılık unsuru tahakkuk etmemiş sayılacaktır. Yâni hukuka uygun hareket ettiği kanaatinde olduğu sabit olursa fail beraat edecektir. Halbuki irtikâpta vazifenin suiistimal edilmesi lüzumu ayrıca tasrih edildiği için failin bunu bildiğini de aramak lâzımdır. Kanun koyucu, bunu bilerek maddî unsuru işliyenlerin cezalandırılmasını istediği içindir ki irtikâbı ayrı bir suç saymıştır. Bir memurun kendisine veya başkasına para itasına, bir kimseyi icbar veya ikna etmesinin 209 ve 210 uncu maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılması için, o kimsenin vazifesini suiistimal ettiğini bilmesi lâzımdır. Onun tehlikeliliğini gösteren bu sübjektif durumudur. Bilmiyorsa, aranılan derecede tehlikelilik yoktur demektir ve bu maddelerin tatbikine de imkân olmamak lâzımdır. Bu takdirde maddî unsur ve kusurluluk unsuru bakımından başka bir suçun bahis mevzuu olması, tabiî, daima mümkündür. Görülüyor ki, burada, failin hukuka uygun hareket ettiği kanaatinde olduğu değil, hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği araştırılacak ve bu sabit olursa fail mahkûm olacak, sabit olmadıkça, hukuka aykırılık unsuru ve dolayısiyle suç teşekkül etmiş sayılmıyacaktır.

İlâve etmek lâzımdır ki, hususî aykırılığı failin bilmemesinin tesiri olmak için, hatanın kusursuz, makbul olması lâzımdır. Taksirli hatanın tesiri yoktur, olmamalıdır, bir diğer söyleyişle bu takdirde objektif mevcudiyet ile iktifa olunmamalı, hukuka aykırılık unsuru teşekkül etmiş sayılmalıdır. Maamafih bu takdirde de suçun cezasının, umumî aykırılıkta olduğu gibi (n. 99, II), taksir derecesine uydurulmasına imkân verecek bir hüküm kabul edilmelidir.

Yine ilâve edelim ki, taksir olup olmadığını tesbit ederken, işi sıkı tutmalı ve bilhassa memurların vazife icaplarını bilmiyordum gibi iddialarını kolay kolay kabul etmemelidir.

8. §

HUKUKA AYKIRILIĞA TESİR EDEN SEBEPLER

110 — Terminoloji.

Hukuka aykırılık bir unsur olarak kabul edilince, yalnız bu unsurun teşekkül etmemesine sebep olan hallerin mevcudiyetini de kabul etmek icap eder. Hususî aykırılık hallerinde bu unsurun tahakkuk etmemiş olmasının, hukuka aykırılık unsuruna tesir ettiğini söylemeğe dahi lüzum yoktur. Mesele, umumî aykırılık bahis mevzuu olduğu zaman, hangi sebeplerin ve ne şekilde tesir edeceği meselesidir.

Biz, hukuka aykırılığın teşekkülüne mani olan bu sebeplere «hukuka uygunluk sebepleri» adını verdiğimizi evvelce de belirtmiş bulunuyoruz (n. 46).

Bu sebeplere verilecek adlar hususunda hemen her lisanda çeşitli teklifler yapılmıştır. Von Liszt'in *Rechtsfertigungsgründe* (haklı gösterici sebepler) dediklerine Mezger *Unrechtsausschliessungsgründe* (hukuka aykırılığı kaldıran sebepler), Merkel *Negative Tadbestandsmerkmale* (Umumî tipin mnefi unsurları), Binding ise *Gründe der Nichten stehung von Strafrechts* (Ceza hukukunun doğmaması sebepleri) demektedir [328].

İtalyada da çeşitli ıstılahlar ileri sürülmüştür. Bazıları *discriminanti ideologiche* (suçu kaldıran fikrî sebepler); bazıları *cause che eschudono la responsabilità* (Mesuliyeti kaldıran sebepler), bazıları da *cause di giustificazione* (haklılık sebepleri) demektedirler. *Circostanze negative del reato* (suçun menfi unsurları) denildiği de vardır.

Fransızcada umumiyetle *faits justificatifs* (haklı gösterici vâkıalar) tâbiri kullanılmaktadır [329]. *Causes spéciales de justification* (haklılık hususî sebepleri) denildiği de vâkidir [330].

[328] Maggiore'den naklen : *Diritto penale*, c. I, s. 293.

[329] GARRAUD: *Précis*, s. 324, DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, s. 195.

[330] VIDAL-MAGNOL : *Cours*, s. 181.

Türkçede bir zamanlar esbabı muafiyeti fiiliye [331], esbabı beraat [332] denilen bu hallere bugün de beraat sebepleri veya ceza sorumluğunu kaldıran objektif sebepler denilmektedir [333]. Mazeret sebepleri tâbirinin kullanıldığı da vardır [334]. Kanunumuza göre bu sebepler «ceza ehliyetini kaldıran sebepler» dir. Kanaatimizce ıstılah bir müessesenin maddî hukuktaki mahiyetini ifade etmelidir. Mefhumun, usulî netice ile ifadesi doğru olmasa gerektir. Kaldı ki bugün beraat hükmü verilmesini gerektiren sebepler, hukuka uygunluk sebeplerinden ibaret de değildir. Ceza mesuliyetini kaldıran objektif sebepler tâbiri de çok geniş ve müphem olması bakımından mahzurludur. Bizce ceza mesuliyeti bahis mevzuu olabilmek için, ortada suç olmalıdır. Suç olmazsa tabiî ceza verilemiyecektir, fakat bu takdirde ceza mesuliyetine değil, fakat suça tesir eden sebepler karşısındayız demektir. Sebepleri objektif diye tavsif etmekle de bunların ya mahiyetinin objektif olduğu ya objektif unsura taallûk ettiği, yahut da objektif bakımdan mevcudiyetinin kâfi sayıldığı ifade olunmaktadır ki, mahiyetinin kusurluluktan müstakil mânada objektif olmadığını görmüş bulunuyoruz (n. 62. III). Objektif unsura değil, hukuka aykırılık unsuruna taallûk ettiğine de evvelce işaret etmiştik (n. 55). İlerde daha esaslı tetkik edeceğiz (n. 102 - 105). Bu sebeplerin objektif mevcudiyetinin kâfi sayılması (n. 99.I) ise, yalnız bu sebeplere münhasır ve bu itibarla ayrıcı bir vasıf değildir. Bu sebeplere mazeret sebepleri denilmesi de kanaatimizce doğru değildir. Bu tâbir, bu sebeplerin sade failin cezalandırılmasına tesir ettiği zehabını uyandırmaktadır. Failin cezalandırılmasına tesir eden sebeplerle hukuka aykırılığa tesir eden sebeplerin farklı olduklarını ilerde göreceğiz (n. 171). Bu sebeplerin ceza ehliyetiyle alâkası olmadığı da âşikârdır. Bunlara mukabil, bu sebeplere «meşrûiyet sebepleri» denilmesi mümkündür, hatalı değildir. Fakat bunun da, sebep ile teşekkülüne mani olduğu unsur arasındaki alâkayı açıkça belirtmemek mahzuru vardır.

Biz bu sebeplerin hukuka aykırılık unsuruna tesir ettiği kanaatinde olduğumuz için bunlara «hukuka aykırılık unsuruna tesir eden sebepler» veya kısaca «hukuka uygunluk sebepleri» denilmesini tercih etmekteyiz. Mevcut hukuka aykırılığın kalkması bahis mevzuu olmadığı (n. 105) için «hukuka aykırılık unsurunu kaldıran sebepler» tâbirini hatalı bulduğumuzu da ilâve etmek isteriz.

---

[331] MEHMET CELÂL: *Ders takrirleri,* 1312 (1896). (gayrı matbu).

[332] MEHMET AZİZ : *Mufassal nazariyatı ceza,* 1316, s. 229.

[333] TANER : *Ceza Hukuku,* s. 395.

[334] EREM : *Türk Ceza Hukuku,* s. 373.

111 — Hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda yazılı olması lüzumu.

Hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda yazılı olmalarının şart olup olmadığı meselesi bazı hukukçuları meşgul etmiş bulunmaktadır. Bizce, bu mesele evvelce uzun uzadıya tetkik ettiğimiz, hukuka aykırılığın tâyini meselesinden (n. 78) farklı değildir. Biz hukuka aykırılığın ancak şeklen tâyin edilebileceği neticesine varmış bulunduğumuz (n. 90) için, hukuka uygunluk sebeplerinin ancak mevzu hukukta aranabileceği kanaatindeyiz. Antolisei'nin kıyas yolunu tatbik suretiyle bulduğu ve «kanunlaşmamış sebepler» adını verdiği [335], ticarî istihbarat, gazete kronikleri, tıbbî tedavi ve spor faaliyetinden ibaret dört sebebin «kanunlaşmamış» diye tavsifini doğru bulmadığımızı da bu vesile ile belirtmek isteriz. Bu sebeplerin, kanunun hükmünü icra sebepleri içinde mütalâası mümkündür. Kaldı ki, hukuka uygunluk sebeplerinin yazılı olmasından, bunların hukuka aykırılığın teşekkülüne mani olan bir sebep olarak kanunlarda yer almasını değil, fakat herhangi bir hareketi emir veya tecviz eden bir hukuk normu halinde mevzuata girmiş bulunmasını kasdetmekteyiz.

Ayni mülâhazalarla, kanunda derpiş edilmemiş hukuka uygunluk sebeplerinin kıyas yoluyla elde edilebileceğini, ve kıyas için de bu sebeplerde hâkim olan «içtimaî ehemmiyeti fazla olan menfaatin ehemmiyeti az olan menfaate tercihi» prensibinin esas tutulacağını, ehemmiyeti takdirde kemmî değil, keyfî bir ölçü kullanılacağını söyliyen Bettiol [336]'un fikirlerine de iştirak etmemekteyiz.

112 — Hukuka uygunluk sebeplerinin tesiri.

Hukuka uygunluk sebepleri bahsinde ele alınan bir diğer mesele de sebeplerin tesiri meselesidir. Bu mesele şöyle de ifade olunabilir: hukuka uygunluk sebepleri, suçun hangi unsuruna tesir eder? Bu unsurlar mevcut olduğu zaman, hangi unsuru eksik olduğu için suç teşekkül edemez.

Suçta biri maddî, diğeri mânevî iki unsur gören nazariyelere göre, hukuka uygunluk sebebinin mânevî unsura tesir etmesi [337] zarurîdir. Kanunumuza göre bu sebepler, ceza ehliyetine tesir ederler. Ehliyete tesir eden sebeplerden ayrı olarak ehliyete dokunmadan sadece cezaî müeyyideye tesir ettiğini kabul edenler de vardır [338]. Bu sebeplerin ceza hukukunun doğmasına tesir ettiğini kabul ederek kusurluluğa dahi tesir

[335] ANTOLISEI: *Elementi*, s. 69.

[336] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 232.

[337] CARRARA: *Programma*, § 288; FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 523.

[338] MANZINI: *Trattato*, c. II, s. 129.

edenlerle bir tutulduğu da vâkidir [339]. Ferri dahi haklılık sebeplerini müsbet ve menfi diye ikiye ayırmakla, fiile taallûk edenlerine müsbet, faile taallûk edenlerine menfi demekle, birincilerde meşrû bir kast (hukuka uygun hareket etmek) olduğunu, ikincilerde kast olmadığını (hukuka aykırı hareket etmemek) söylemekle ayni yolu tutmuştur [340]. Hukuka aykırılık ayrı bir unsur olarak ele alınalı beri, hukuka uygunluk sebebinin bu unsura tesir ettiği umumiyetle kabul edilmektedir [341].

Kanaatimizce, hukuka uygunluk sebebi, suçun yalnız hukuka aykırılık unsuruna tesir eder. Kusurluluğun hukuka aykırılıktan önce araştırılması gereken bir unsur olduğunu, kusursuz hukuka aykırılık olamıyacağını görmüş bulunuyoruz (n. 60, III). Kusur yoksa zaten hukuka aykırılık yoktur. Hukuka uygunluk sebebi varsa zaten kusuru aramağa mahal yoktur. Hukuka uygunluk sebeplerinin, suçun diğer unsurlarına tesir eden sebepler gibi fiilin cezalandırılabilmesinin dolayısiyle mani olacağını yâni cezalandırılabilmeye tesir edeceğini ilerde göreceğiz (n. 168). Hukuka uygunuk sebeplerinin tipiklik unsuruna ve maddî unsura tesir etmiyeceği âşikârdır. İlâve edelim ki, hukuka aykırılığın cezalandırılabilmeye bu tesiri, dolayısiyle bir tesirdir.

Hukuka uygunluk sebeplerinin doğrudan doğruya tesiri hukuka aykırılık unsurunadır. Bu sebeplerin mevcudiyeti, fiilin hukuka aykırı olmasına mani olur ve onu meşrû kılar.

113 — Hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırılığı kaldırmak şeklinde tesir ettiği telâkkisi.

Hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırılık unsuruna ne şekilde tesir edeceği meselesi de cezacıları meşgul etmiştir. Bu meselenin fiilin yalnız tipe uymasının tesiriyle (n. 70) alâkası âşikârdır.

Bir fikre göre «hukuka aykırılığı kaldıran» diye tavsif edilen bu sebepler, kanunî tipe uygunluğun tahakkuk ettirdiği normal kanuna aykırılığı, istisnaen, müşahhas hâdiseye münhasır olmak üzere kaldırmaktadırlar. Hold von Ferneck'in tâbiriyle [342], yalnız nazarî olarak menedilmiş olan hareketin yapılmasiyle, norm ortadan kaldırılmaktadır. Bu

---

[339] BINDING : *Compendio*, s. 320.

[340] FERRI : *Principii*, s. 453.

[341] ANTOLISEI: *Elementi*, s. 55; BETTIOL : *Diritto penale*, s. 199; GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 14; RANIERİ : *Diritto penale*, s. 114.

[342] HOLD V. FERNECK: *Die Rechtwidrigkeit*. Bd. I, s. 283, (Moro'dan naklen : *L'antigiuridicità penale*, s. 139).

fikir taraftarlarından R. Schmidt'e göre, istisnaî kanunîlik sebepleri, kanun normuna aykırılığa rağmen, ceza tehdidinin tahakkukuna mani olurlar ve kanunî tipe uygunluk ile mücerret surette hukuka aykırı sayılan hareket, müşahhas hâdisede bu hukuka aykırılık vasfından kurtulmuş olur [343].

İtalyan müellifleri arasında istisnaî kanuna uygunluk fikrinin taraftarları az değildir. Rocco'nun fikirlerini şöyle hülâsa edebiliriz [344]: Cezaî kanuna aykırı hareket mefhumunu meydana getirmek için, biri müsbet, diğeri menfi iki şartın tahakkuku lâzımdır. Müsbet şart, bir ceza hukuku kaidesine aykırılıktır. Menfî şart ise, dığer bir hukuk normuna uygun olmamaktadır. Bunlardan biri yoksa hareket cezaî kanuna uygundur, meşrûdur. Birinci şart yoksa *ceza hukuku bakımından normal kanunîlik* (liceità giuridica penale normale), ikinci şart yoksa *Ceza hukuku bakımından istisnaî kanunîlik* vaziyeti vardır. Yani normal olan kanuna aykırılık istisnaen kanuna uygun sayılmaktadır.

Manzini de bazı sebeplerin fiilin cezaî gayri meşrûiyetini kaldırdığını söylemekle [345] önceden gayri meşrûiyetin mevcudiyetini kabul etmiş olmaktadır. Maggiore'nin fikrine göre [346] de bu sebepler, bir fiilin contra ius olmak vasfını kaldırır ve onu secundum ius yapar. Pannain de meşrûiyet sebeplerini, hareketin bir ceza kaidesine aykırı olmakla beraber hukukî bir emir, nehi veya müsaadeye uygun olması sebebiyle, istisnaî kanuna uygunluk sahasına girmesiyle izah etmektedir [346].

İstisnaî kanuna uygunluğu kabul eden Altavilla, bunu ikiye de ayırmaktadır [348]: Bazan bir ceza kaidesi tarafından yasak edilmiş olan bir fiil, istisnaen meşrû sayılır (legittimazione). Bazan bir ceza kaidesi tarafından yasak edilmiş olan bir fiil istisnaen haklı sayılabilir (giustificazione). Bu ikinci halde hareket meşrû yani hukuka uygun değildir, fakat hususî mülâhazalarla, ceza kaidesi, müeyyide silâhından tecrit edilmiş ve hareket gayri meşrû kalmasına rağmen, cezalandırılamaz olmuştur. Bu haller, başkasının hakkına riayetin fertlerden beklenemiyecek fedakârlıklar istediği hallerdir.

---

[343] SCHMIDT (R.): *Grundriss des deutschen Strafrechts.* 1925, s. 115 (Moro'dan naklen: *L'antigiuridicità penale,* s. 140).

[344] ROCCO: *L'oggetto del reato,* s. 530.

[344] MANZINI: *Trattato,* c. I, s. 414.

[345] MAGGIORE: *Diritto penale,* c. I, s. 292.

[347] PANNAIN: *Manuale,* s. 469.

[348] ALTAVILLA: *Manuale,* s. 100.

Fransız doktrini umumiyetle bu fikre taraftardır. Garraud'ya göre, cezaî müeyyidesi olan bir kanun hükmüne aykırı olmakla, yani bugünkü tâbiriyle kanunî tipe uygun olmakla beraber bir hukuk kaidesinin bu hareketi istisnaen emir veya tecviz etmesi halinde fiili suç sayılmaktan çıkaran bir haklılık sebebi vardır [349]. Vidal ve Magnol, haklılık hususî sebeplerinin mevcudiyeti halinde fiilin suç olmak vasfını kaybettiğini söylemektedirler [350]. Keza Donnedieu de Vabres de haklılık sebeplerinin fiilin suç vasfını kaybettirdiği fikrindedir [351].

114 — Hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırılığın teşekkülüne mani olmak şeklinde tesir ettiği telâkkisi.

Bir fikre göre de, hukuka aykırılığı kaldırdığı söylenen sebeplerden önce kanunî tipe uygunluk ve binaenaleyh hukuka aykırılık bahis mevzuu olamaz ki, hukuka aykırılığın da kaldırılması mümkün olabilsin. Bu sebepler, sadece hukuka aykırılığın teşekkülüne mani olan, fiili hukuka uygun addettiren sebeplerdir.

Bu fikrin Almanyadaki taraftarlarından Kohlrausch, kaide ve istisnası fikrinin tamamen zihnî bir faaliyet neticesi olduğunu, kategorilere ayırmanın kolaylık bakımından kabul edildiğini belirtmekte ve normal kanunîlik ile istisnaî kanunilik arasında fark bulunmadığını söylemektedir [352]. Hold von Ferneck'e göre de, normal ve istisnaî diye tavsif edilen iki halde de hiç bir zaman hukuka aykırılık bahis mevzuu olmamıştır. Her vaziyetin hukuka göre uygunluğu veya aykırılığı müşahhas bir şekilde araştırılmalıdır. Eğer aykırılık yoksa, kanuna uygunluk var demektir [353]. Mezger [354] ve von Hippel [355] gibi, kaide ve istisnası prensibini kabul etmekle beraber, normal ve istisnaî kanunîlik arasında fark görmiyenler de vardır. Keza Beling [356] de, istisnanın, sadece, kaidenin carî olmadığı sahayı gösterdiği fikrindedir.

---

[349] CARRAUD : *Précis*, s. 324.

[350] VIDAL ve MAGNOL: *Cours*, s. 181.

[350] DONNEDIEU DE VABRES : *Traité*, s. 438.

[352] KOHLRAUSCH : *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*. 1903, s. 62, (Moro'dan naklen: *L'antigiuridicità penale*, s. 140).

[353] HOLD V. FERNECK : *Die Rechtswidrigkeit*. Bd. 1, s. 293 (Moro'dan naklen: *L'antigiuridicità penale*, s. 140).

[354] MEZGER : *Diritto penale*, s. 182, 224.

[355] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 152.

[356] BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, 167 (Moro'dan naklen: *l'antigiuridicità penale*, s. 140).

İtalyada bu mesele ile en fazla meşgul olanlardan biri olan Moro da bu fikirdedir. Kanunî tipe uygunluk ile hukuka aykırılığı ayni şey telâkki eden bu müellife göre, hukuk sadece tasvir etmez, ayni zamanda hüküm de verir. Hukuka uygunluk sebebini ihtiva eden fiil, *görünüşte suç* (reato apparente) tur. Müellif fikrini şöyle izah etmektedir [357]:

İstisnaî kanunîlik denilen hallerde cezaî normun hüküm ifade etmediği şüphesizdir. Hareket etmek veya etmemek mecburiyeti yoktur. Bu itibarla ancak zahiren kanunî tipe uyan, fakat hakikatte hukuka aykırı olmıyan bir istem (volizione) karşısında bulunuyoruz, demektir. İstisnaî kanunîlik denilen hallerle normal kanunîlik denilen haller arasında mevcut yegâne fark, birincilerde hukuka uygunluğun mücerret tipe değil, fakat müşahhas fiile bakılarak tayin edilmesi, buna mukabil ikincilerde hukuka uygunluğun daha kolay bir şekilde anlaşılması, aldatıcı bir görünüşü tashih etmeğe lüzum hasıl olmamasıdır. Bu fark ise, hâdisenin mahiyetine tesir eden bir fark değildir.

Vannini [358] ve Bettiol [359] da haklılık sebeplerini tanzim eden normların istisnaî mahiyette olmadıklarını söylemek suretiyle bu fikre taraftar olduklarını belirtmiş bulunmaktadırlar. Ferri de haklılık sebeplerinin mevcudiyeti halinde zahirî bir suç olduğu kanaatindedir [360].

Prof. Taner de, hukuka aykırılık veya suç vasfı yerine suç tâbirini kullanarak bu fikri benimsediğini «objektif sebepler fiile taallûk eder, bunun içindir ki hâdisede bu sebeplerden biri bulunursa, fiil hiç suç sayılmaz», «Beraat sebeplerinden biri bulunduğu zaman, suç yoktur» [561] demek suretiyle ifade etmiştir.

115 — Kanaatimiz.

Biz de, hukuka aykırılığı kaldırdığı söylenen sebeplerin, mevcut olan hukuka aykırılığı kaldırmadığı kanaatindeyiz. Bunlara, hukuka aykırılığı kaldıran sebepler yerine hukuka uygunluk sebepleri dememiz bu yüzdendir. Şöyle düşünüyoruz:

Tipiklik ve hukuka aykırı bulunmak ayrı ayrı unsurlardır. Tipiklik suçun tipinin bir ceza normuyla tesbit edilmesidir (n. 28). Suç tipinde tasrih edilen ve edilmiyen hususlar vardır. Hukuka aykırılık, tasrih edil-

---

[357] MORO: *L'antigiuridicità penale,* s. 139, 141.

[358] VANNINI: *Manuale,* s. 163.

[359] BETTIOL: *Diritto penale,* s. 232.

[360] FERRI: *Principii,* s. 453.

[361] TANER: *Ceza Hukuku,* s. 327.

miyenlerdendir. Tasrih edilen hususlara uymakla, fiil muhakkak hukuka aykırı olmaz. Tasrih edilen hususlara uymak, hukuka aykırılığın unsurlarından biridir. Fakat bir fiilin, hukuka aykırı olması için bir diğer unsuru daha vardır. Bu da ceza dışı bütün hukukî nizam bakımından uygun olmamaktadır (n. 71. II). O halde hukuka uygunluk sebeplerinin evvelce fiilin tipe uymasiyle teşekkül etmiş hukuka aykırılığı kaldırdığı, bu halin istisnaî kanunîlik olduğu iddia edilememek lâzımdır. Fiilin tipte tasrih edilen hususlara uymasına rağmen hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olması haliyle, fiilin tipte tasrih edilen hususlara uymaması ve başka bir hukuk nizamına da aykırı bulunmaması hali arasında mahiyet farkı görmemekle beraber, bu iki hal arasında bir fark gözetmekte hukuka aykırılığın araştırılması bakımından, bir fayda olduğunu da inkâr etmemekteyiz. Eğer tipte tasrih edilen hususlara uygunluk bahis mevzuu değilse, suçun bir unsuru olmak bakımından hukuka aykırılığı araştırmağa lüzum yoktur. Eğer tipte tasrih edilen hususlara uygunluk varsa, hukuka aykırılığın araştırılması icap etmektedir. Bunun için de, hukuka uygunluk sebeplerinin araştırılmasiyle iktifa olunacaktır. Bu sebepler varsa fiil hukuka uygundur denecektir, bu sebepler yoksa, hukuka aykırıdır hükmüne varılacaktır. Hukuka aykırılığı tesbit, hukuka uygunluğu tesbitten güç olduğundan, bu suretle sadece hukuka uygunluğun tesbiti ile iktifa olunacak demektir. Hülâsa, hukuka uygunluk sebepleri, tip olması dolayısiyle zarurî olarak geniş tutulan kanunî tiplerde tasrih edilen hususlara uygunluk gösterdiği halde suç teşkil etmiyen fiileri meydana çıkaran sebeplerdir.

116 — Hukuka uygunluk sebeplerinin çeşitleri.

Hukuka uygunluk sebepleri umumî veya hususî olmalarına yani bütün suçlara veya bazı belli suçlara taallûk etmelerine göre iki grupta mütalâa olunabilir:

I. Umumî sebepler kanunumuza göre şunlardır: 1) Kanunun bir hükmünü icra, 2) Salâhiyetli bir merciden verilip infazı vazifeten zarurî olan bir emri icra, 3) Meşrû müdafaa, 4) Mecburiyet hali.

Mevzuumuz dışına çıkmamak için bu sebepleri birer birer inceliyecek değiliz. Meşrû müdafaa ve mecburiyet halini intikam ve egoizmin bir ifadesi olarak kabul ettiği için hukuka uygunluk sebebi saymıyanlara [362] dahi rastlandığına işaret ettikten sonra kanun hükmünü icraya

[362] LANZA : *L'école pénale humaniste.* Revue internationale de droit pénal. 1925, s. 182.

taallûk etmek üzere, kanun hükmünün muhakkak kanunî bir vazife şeklinde olmıyabileceğini, kanunun verdiği bir hakkın kullanılmasının, yahut kanunun müsaade ettiği bir şeyin yapılmasının da kanunun hükmünü icra demek olduğunu söylemekle iktifa edeceğiz. Bu sebepledir ki, malını haksız bir taarruza karşı meşrû surette müdafaa eden mal sahibi, meşhut suç failini yakalıyan kimse, hastanın bacağını kesen operatör, hasmının kolunu çıkaran güreşçi, çocuğunu terbiye için döven baba, mahkemede kendini müdafaa için hakaretâmiz kelimeler söyliyen sanık suç işlemiş değillerdir. Çünkü kanunun bir hükmünü icra etmektedirler. Kullanılan hakkın, örften çıkarılması mümkün olduğunu da belirtmek isteriz. Çünkü örf de kanun gibi, hukuk kaynaklarındandır. Plâjlarda şehre nazaran çıplak gezmenin, millî bayramlarda geç vakitlere kadar gürültü, patırtı etmenin suç sayılmamasının sebebini burada aramak lâzımdır [363].

Yeni İtalyan kanunu, doktrinde umumiyetle kabul edilen hak sahibinin muvafakatini de umumî sebepler arasında saymıştır (m. 50). Böyle bir hükmün kanunumuzda yer alması temenniye şayandır.

Kanunumuzun sistematiği bakımından da temennilerimiz vardır. Hukuka uygunluk sebepleri, suçun hukuka aykırılığına tesir eden sebepler olarak kanunda tasnif edilmeli ve bu hallerde hukuka aykırılık olmadığı tasrih edilmelidir. Bugünkü gibi, sadece failin cezalandırılmıyacağını söylemek, başka hukuk nizamları bakımından fiilin hukuka aykırı olabileceği mânası verdiği için doğru değildir.

II. Ceza kanunumuz, hukuka aykırılığa tesir eden hususî sebepler de kabul etmiştir. Bir iki misal verelim: Harp esnasında düşman toprağında bulunup da bu devlet kanunlarının tahmil ettiği mecburiyeti ifa zaruretiyle devlet aleyhinde silâh kullanması (CK 161/2), hakikati beyan ettiği takdirde kendisinin veya akrabasından birinin hürriyet ve namusça behemehal fâhiş bir zarara maruz kılması muhtemel olan kimsenin yalan yere yemin ve şahadet etmesi (CK 288 : 1), bir kimsenin, cürüm işliyen usul ve furuunu, karı veya kocasını veya kardeşini saklaması veya cürmün delillerini yok etmesi (CK 296/2).

Kanunda bu hallerde «ceza verilmez», «cezalandırılmaz» gibi tâbirlerinin kullanılmış olmasından, bu sebeplerin yalnız failin cezalandırılmasına tesir ettiği mânası çıkarılmamak ve bunun hikmetini kanun koyucunun esaslı bir sistemi olmamasında, hukuka aykırılığı bir unsur olarak kabul etmemesinde aramak lâzımdır.

---

[363] RANIERI: *Diritto penale*, s. 114.

ÜÇÜNCÜ KISIM

CEZALANDIRILABİLME

1. §

CEZALANDIRILABİLMENİN UNSUR OLARAK KABULÜ

117 — Terminoloji, 118 — Cezalandırılabilmenin unsur olmadığı telâkkisi, 119 — Cezalandırılabilmenin unsur olarak zımnen kabulü, 120 — Cezalandırılabilmenin vasıf, suç özü veya netice olarak kabulü, 121 — Cezalandırılabilmenin unsur olarak açıkça kabulü, 122 — Kanaatimiz.

117 — Terminoloji.

Müeyyidelerinin cezaî oluşu, suçların başlıca hususiyetlerinden biridir ve evvelce de gördüğümüz gibi hukuka aykırı fiillerin suç dediğimiz çeşidini, sair hukuka aykırı fiillerden ayırd eden husus da müeyyidenin ceza oluşundan ibarettir (n. 77). Unsur olarak kabul olunsun veya olunmasın, bu hususiyet doktrinde çeşitli şekillerde ifade olunmaktadır. Beling'in *Passen einer bestimmten Strafdrohung* (muayyen bir cezaî müeyyidesi olmaklık) diye adlandırdığı [1] bu unsura Mezger *Das Strafbedrohtsein* (ceza tahdidi) demektedir [2], V. Liszt de *Strafbarkeit* (cezalandırılabilme) tâbirini kullanmaktadır [3]. İtalyan doktrini umumiyetle *Punibilità* (cezalandırılabilme) tâbirini benimsemiştir. Bu mesele ile meşgul olmamış olan Fransız doktrininde herhangi bir ıstılah ileri sürülmemiştir. Cezalandırılabilme mânasına gelen Strafbarkeit kelimesinin, bu sebeple Fransızcaya, V. Liszt'in Lehrbuch'unun René Lobestein tarafından yapılan tercümesinde olduğu gibi [4], criminalité diye çevril-

---

[1] BELING: *Die Lehre vom Verbrechen,* s. 5 (Contieri'den naklen: *Lo stato di necessité,* 1939, s. 114).

[2] MEZGER: *Deutsches Strafrecht.* 1938, s. 38 (Battaglini'den naklen: *Diritto penale,* s. 491).

[3] V. LISZT: *Traité,* s. 283.

[4] V. LISZT: *Traité,* s. 283.

diği de görülmektedir. Türk doktrininde, karşılığında ceza konmuş bulunmak lüzumundan, ceza müeyyidesiyle tehdit edilmemiş olan fiillerin suç sayılmıyacağından bahsedilmiş ise de [5], bu husus müstakillen ele alınmış ve bir ıstılah kabul edilmiş değildir. «Ceza Kanununa göre cezayı istilzam etmek vasfı» tâbirini kullananlar da olmuştur [6]. Yanılmıyorsak, ilk defa Prof. Erem, «punibilità»yı, şikâyet hakkı dolayısile *«cezalandırılabilme»* kelimesiyle ifade etmiştir [7]. Kanaatimizce, punibilità karşılığı olarak, tipiklik ve hukuka aykırılık tâbirleriyle mütenazır olmak üzere, cezalandırılabilirlik denilebilirdi. Fakat bu kelimenin telâffuzunun ağır olması hasebiyle, daha munis olan cezalandırılabilme tâbirini biz de tercih etmiş bulunuyoruz.

118 — Cezalandırılabilmenin bir unsur olmadığı telâkkisi.

Bir çok müellifler cezalandırılabilmeyi bir unsur olarak kabul etmemektedir.

Bir kısmı ceza vermek hakkını tamamen maddî usul hukukuna ait sayar, bu itibarla cezalandırılabilmeyi suçun ne unsuru ve ne de vasfı olarak kabul eder. Meselâ, Goldschmidt bu fikirdedir [8].

Carrara gibi [9] bir kısım cezacılar da, failin cezalandırılamaması başka şeydir, suç işlememesi başka şeydir diyerek, cezalandırılabilmenin suç tarifinin bir unsurunu teşkil etmediğini söylemişlerdir.

Bir kısım cezacılar cezalandırılabilmeyi cezalandırma mânasına aldıkları için onu suçun hukukî neticesi olarak görmektedirler. Bu fikirde olan Rocco'ya göre de, suç, cezaî müeyyidenin tatbiki demek olan tehdidin yerine getirilmesinin sebebidir. Cezanın verilmesi ise bir neticedir [10]. Bundan çıkan netice şudur ki, cezalandırılabilme bahis mevzuu olmak için suçun tamamlanmış olması lâzımdır, yâni cezalandırılabilme suçun unsurlarından değildir.

Antolisei [11] ve Vassalli [12] gibi bir kısım cezacılar ise, hakikî

---

[5] KANTAR: *Ceza Hukuku*, s. 81; TANER: *Ceza Hukuku*, s. 82.

[6] BENGÜ: *Ceza Hukukunda Hata*, s. 31.

[7] EREM: *Türk Ceza Hukuku*, s. 91.

[8] GOLDSCHMIDT: *Problemas juridicos y politicos del proceso penal*. Barselon, 1935; s. 26 (Battaglini'den naklen: *Diritto penale*, s. 200).

[9] CARRARA: *Programma*, c. I, § 41, not 2.

[10] ROCCO: *L'oggetto del reato*, s. 450.

[11] ANTOLISEI: *Manuale*, s. 380, *Elementi*, s. 45.

[12] VASSALLI: *La potestà punitiva*, 1942, s. 377. (Bettiol'dan naklen: *Diritto penale*, s. 525).

ceza ile cezalandırılabilmeyi ayırdetmelerine rağmen, cezalandırılabilmenin suça dahil olmadığını, suçun onsuz teşekkül ettiğini, cezalandırılabilmenin suçun teşekkülü ile cezanın tatbiki arasında bir safha teşkil ettiği fikrindedirler.

Sabatini'ye göre de, cezalandırılabilme müşahhas suçun kurucu unsurlarından olmayıp, mücerret suçun özünün bir vasfıdır. Müşahhas suç cezalandırılabilmesiz de meydana gelebilir. Suçun icrasından sonra tahakkuk eden ve cezalandırılabilmeyi ortadan kaldıran sebeplerin mevcudiyeti halinde olduğu gibi. Bu itibarla cezalandırılamıyan suçtan veya suçun cezalandırılması şartlarından bahsetmek hatalı değildir [13]. Bu müellif, cezalandırılabilmeyi mesuliyet mânasına almakta ve demektedir ki [14]: Kabili isnat bir kimsenin kanun tarafından suç olarak derpiş edilen bir fiili işlemiş olmasından dolayı cezalandırılabilmesi için fiile, ceza kanununun ihlâli vasfını, faile suçlu sıfatını verdirecek olan sübjektif, objektif bütün şartların içtima etmiş olması zarurîdir. Bir kimsenin cezaî münasebet mevzuu olabilmek hukukî ehliyetini meydana getiren isnat kabiliyetini failin haiz olması için anlama ve isteme ehliyeti lâzımdır. Fakat bu ceza ehliyeti kâfi değildir. Failin ayrıca mesulyeti, yâni cezalandırılabilirliği lâzımdır. Bu ise failin şuur ve iradesinin birlikte mevcudiyeti esasına dayanır. Hareket, ancak bunlar sayesinde kusurlu veya taksirli olur. Mânevî unsurun eksikliği, diğer unsurların eksikliği gibi, cezalandırılabilmeye mani olur.

Mirto da, cezalandırılabilmenin suça ilâve edilen bir şey olduğunu, her suçun cezaî müeyyidesi olması kaidesinin, suç olduğu halde devletin ceza vermekte fayda görmediği hallerden ibaret olan istisnaları bulunduğunu söylemekte, bunlara (cezalandırılmıyan suçlar) adını vermekte ve bu meselenin suç nazariyesiyle değil, ceza nazariyesiyle alâkalı olduğunu ilâve etmektedir [15].

Battaglini cezalandırılabilmeyi müstakil unsur saymıyanların, bazı hallerde kanunun bu şartı aramadığını söylediklerini ve İtalyan kanununun 119, 170 ve 648 inci maddelerini misal olarak gösterdiklerini de kaydetmektedir [16].

---

[13] SABATINI: *Istituzioni*, c. I, s. 239.

[14] SABATINI: *Istituzioni*, c. II, s. 1, 3.

[15] MIRTO: *Le formole processuali negative dell'azione penale*. Annali, 1942, s. 366, 369.

[16] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 205.

119 — Cezalandırılabilmenin unsur olarak zımnen kabulü.

Bazı cezacılar da, suçun cezaî müeyyidesi olan bir kanunu ihlâl ettiğini söylemek suretiyle cezaî müeyyide tehdidinin fiili suç yapan unsurlardan biri olduğunu zımnen kabul etmişler, fakat bu bahsi derinleştirmemişlerdir. Fransada Garraud, «müeyyide şartı o kadar mühimdir ki, suçu başlı başına tarife yeter» demektedir [17]. Donnedieu de Vabres da suç tarifinde cezaya çarptırılmaktan bahsetmekte ve kanunî unsuru suçların ve cezaların kanunîliği olarak ifade eylemektedir [18]. Türk doktrini de suçu «cezalandırılan fiil» diye tarif etmekle [19] ayni yoldan yürümüştür.

120 — Cezalandırılabilmenin vasif, suç özü, veya netice olarak kabulü.

Bir kısım müellifler de cezalandırılabilmeyi cüzü mânasına unsur olarak almayıp, bütün suça taallûk eden bir vasıf olarak kabul etmektedirler. Alman doktrininde bu fikrin bir hayli taraftarı vardır. Meselâ von Liszt suç mefhumunun vasıfları arasında fiilin hukuka aykırılığından ve kusurluluğundan başka ceza tehdidi altında bulunmasını da saymakta ve bu vasfı şöyle izah etmektedir [20]: Kanun muayyen suç tipleri kabul etmiştir. Suç tipleri suçun kurucu unsurlarını ihtiva eder. Kurucu unsurlardan başka olarak bazan kanun koyucu ceza verilmesini, haricî şartların mevcudiyetine bağlı tutar. Cezalandırılabilme şartları olmayınca, kusurlu da olsa, fiilin cezalandırılabilmesi bahis mevzuu değildir. Görülüyor ki, müellif, cezalandırılabilme şartı aranmıyan suçlarda, suç tipinin tahakkuk etmesiyle cezalandırmak hakkının doğacağını kabul etmiş olmaktadır.

Cezalandırılabilmeyi vasıf sayanlar arasında bu mevzuu esaslı surette inceliyen Renieri diyor ki [21]: Unsur ile vasıf arasında fark vardır. Unsur bir şeyin cüzüdür, onu terkip edenlerden biridir. Halbuki suç cüzülerine ayrılırsa cezalandırılabilme diye bir şey görülmez. Cezalandırılabilme, cüzülerden mürekkep olan suç bütününün bir vasfıdır. Fiilin tipik olmasına, hukuka aykırı bulunmasına rağmen cezalandırılmadığı

[17] GARRAUD: *Précis*, s. 80.

[18] DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, s. 50, 52.

[19] TANER: *Ceza Hukuku*, s. 79; KANTAR: *Ceza Hukuku*, s. 78.

[20] V. LISZT: *Traité*, s. 279.

[21] RANIERI: *Diritto penale*, s. 189.

haller vardır. Bu hallerde cezalandırılabilme unsurunun mevcut olmadığını kabul etmek icap eder.

Pannain [22] ve Bettiol [23] da cezalandırılabilmeyi vasıf olarak sayanlardandır.

Grispigni'yi de bu grupta saymak mümkündür. Bu müellif her ne kadar cezalandırılabilmeyi müstakilen kabul etmediğini, bunun kanunî tipe uygunlukta veya hukuka aykırılıkta dahil olduğunu söylemekte ise de, unutmamak lâzımdır ki, bu itirazını, cezalandırılabilmeyi suçun cüzü mânasına unsuru olarak kabul edenlere karşı yapmıştır, yoksa, suçun bir vasfı olmasına itiraz etmemiştir [24]. İlâve edelim ki, Grispigni cezadan muafiyet sebepleriyle cezayı düşüren şahsî sebeplerin yerinin suç nazariyesi değil, ceza nazariyesi olduğu fikrindedir. Birinci sebepler bulunduğu zaman suçun mevcut olduğunu, fakat ceza vermek hakkının ölü doğduğunu, ikinci sebepler olduğu zaman da suçun bütün kurucu unsrlarının tamam bulunduğunu, sadece ceza vermek hakkının doğmasının menedilmiş bulunduğunu söylediğine göre [25] cezalandırılabilme vasfının zarurî olmadığı kanaatindedir.

Vannini'nin görüşü de bu grupta zikredilmek lâzımdır. İlk zamanlar, cezalandırılabilmeyi suç muhtevası unsuru değil, fakat suç mefhumu unsuru olarak kabul etmiş olan [26] bu müellif, şimdi, unsur kelimesini muhtevanın cüzüleri mânasına aldığı için, cezalandırılabilmeyi unsur saymamakta, fakat suçun hukukî mefhumunun tetkikinde, bir fiilin suç sayılabilmesi için cezalandırılabilir olması lâzım geldiğini söylemekte, cezalandırılmıyan suç tâbirinin bir tenakuz ifade ettiğini belirtmektedir [27]. Keza Musotto da cezalandırılabilmeyi kurucu unsurlarından biri değil, fakat heyeti umumiyenin yâni suçun bir vasfı telâkki etmektedir [28].

Maggiore'ye göre ise cezalandırılabilme şeklî bakımdan suçun özünü teşkil etmektedir. Bu sebeple cezalandırılabilmenin unsur olarak kabul edilmesi mümkün değildir [29].

---

[22] PANNAIN: *Manuale*, s. 190.

[23] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 139.

[24] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 15.

[25] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. I, s. 301.

[26] VANNINI: *La punibilità dell'azione come elemento costitutivo del reato*, 1914 (Pergola'dan naklen: *Il reato*, s. 53).

[27] VANNINI: *Manuale*, s. 63; *Lineamenti*, s. 50.

[28] MUSOTTO: *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 137.

[29] MAGGIORE: *Diritto penale*, s. 205, not 3.

V. Hippel cezalandırılabilmeyi bir netice olarak ele alanlardandır. Fakat bu netice olmadığı zaman suçun da bulunmadığını söylemekle [30], cezalandırılabilmeyi teşekkül etmiş olan suçun neticesi addedenlerden (n. 118) ayrılmaktadır.

121 — Cezalandırılabilmenin unsur olarak açıkça kabulü.

Cezalandırılabilmeyi unsur olarak açıkça kabul edenlerin başında, 18 inci asır cezacılarından Böhmer gelmektedir. Bu müellifin hareket ve kusurluluktan ayrıca biri hukuka aykırılık, diğeri cezalandırılabilme olarak iki unsur daha kabul etmiş olduğuna evvelce işaret etmiştik (n. 54). Son zamanlarda cezalandırılabilmeyi unsur sayanların başında da Beling ve Battaglini gelmektedir. Hattâ Mezger'i bile ikna edip fikrini değişdirten Battaglini'dir.

Beling klâsik iki unsurdan kusurluluğu aynen kabul etmiş, maddî unsuru kanunî tipe uygunluk diye ifade etmiş, bunlara hukuka aykırılık, muayyen cezaî müeyyidesi oluş yani cezalandırılabilme ile cezalandırılabilme şartlarının mevcudiyetini katmıştır. Bu müellife göre ilk dördü suçun unsurlarındandır. Fakat suçun teşekkülüne kâfi değildir. Tahakkuku suçun teşekkülü için lâzım olan ve ilk dört unsurun haricinde bulunan hal ve şartlar da suçun unsurlarındandır [31]. Görülüyor ki Beling cezalandırılabilmeyi, müstakilen ve hattâ cezalandırılabilme şartlarından ayrıolarak bir unsur saymaktadır.

İtalyada cezalandırılabilmenin müstakil unsur addedilmesinin en hararetli taraftarı olan Battaglini ise hukuka aykırılığı kabul etmemekte, ve cezalandırılabilme unsurunu şöyle izah eylemektedir: [32]: Fiilin cezalandırılabilmesi, ceza vermek hakkının mücerret bir şekilde ifadesidir. Cezalandırılabilme bir imkân mefhumunu ihtiva eder: Cezayı tatbik edebilme imkânı. Cezalandırılabilme, cezanın müşahhas bir surette tatbiki değildir. Ceza başkadır, cezalandırılabilme başkadır. Suç, sebep, ceza neticedir. Fakat cezalandırılabilme netice değildir. Sebebin, neticeyi doğurabilecek kudrette olması lâzımdır. İşte suç sebebinin ceza neticesini doğurabilmesi kudretine cezalandırılabilme denilmektedir.

Battaglini suç nazariyesinin mücerret olarak yapılmasına aleyhtardır. Fakat suç nazariyesi mücerret olarak yapılsa dahi, yine cezalandırı-

---

[30] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 119, 207.

[31] BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, s. 5 (Contieri'den naklen: *Lo stato di necessità*, s. 114; keza Florian: *Trattato*, c. I, s. 376).

[32] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 199.

labilmenin unsur olması gerektiği fikrindedir. Demektedir ki, cezalandırılabilme suçun tarifinin bir unsurudur. Suçu diğer kanuna aykırılıklardan ayırd eden en mühim hususiyet, tarifte muhakkak yer almalıdır.

Suç nazariyesinin müsbet hukuk çerçevesi içinde kurulmasını istiyen Battaglini, yeni İtalyan kanununun eskisinden farklı hükümler ihtiva ettiğini, bu hükümlerin cezalandırılabilmeyi bir unsur olarak kabulü zarurî kıldığını söylemektedir. Bu müellif diyor ki, eskiden ceza dâvasının düşmesi denilirdi. Şimdi suçun düşmesi tâbiri kullanılmıştır. Aradaki fark ceza dâvasiyle ceza vermek hakkı arasındaki farktır. Suç da düştüğüne göre, unsurlarından biri eksik olmak lâzımdır. Bu da ancak cezalandırılabilme unsuru olabilir. Keza yeni kanun cezalandırılabilme objektif şartlarını kabul etmiştir (m. 44). Bu şartlar tahakkuk etmedikçe, suç tamamlanmış sayılmamaktadır. Bu da cezalandırılabilmenin bir unsur olduğunu göstermektedir.

Battaglini'ye göre cezalandırılabilmenin müstakil bir unsur olarak kabulü, hukuka uygunluk sebeplerini de izaha yarıyacaktır. Kanun koyucu bu hallerde fiilin cezalandırılmaz olduğunu söylemektedir. Bu da cezalandırılabilme unsurunun mevcudiyetine en büyük delildir. Eski kanun bu sebepleri ceza isnadiyetine (ehliyetine) tesir eden sebepler arasında saymıştı. Yeni kanun suçtan bahseden fasılda saymakla bu sebeplerin ceza isnadiyetine (ehliyetine) tesir etmediğini göstermek istemiştir. Bu sebepler ceza vermek hakkını meydana getirmiyen sebeplerdir. Cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler iki çeşittir. Bir kısmı menedici sebeplerdir. Meşrû müdafaa gibi. Bunlar unsurun meydana gelmesini meneder. Bir kısmı düşürücü sebeplerdir. Zaman aşımı gibi. Bunlar cezalandırılabilme unsuru meydana geldikten sonra onu ortadan kaldırırlar.

Battaglini'nin tesiriyle Mezger de fikrini değiştirmiş bulunmaktadır. Evvelce cezalandırılabilme ile ceza arasında fark gözetmiyen Mezger bugün a) hukuka aykırı fiil, b) isnat kabiliyeti, c) ceza tehdidi olarak üç unsur kabul etmekte ve ceza tehdidi unsuruyla da cezalandırılabilmeyi ifade eylemektedir [33].

122 — Kanaatimiz.

I. *Cezalandırılabilmenin unsur olmadığı hakkında ileri sürülen delilleri (n. 118) kandırıcı bulmamaktayız:*

a) Biz ceza vermek hakkını maddî hukuka dahil addettiğimiz için

[33] MEZGER: *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss.* 1938, s. 38 (Battaglini'den naklen: *Diritto penale,* s. 491; keza, Ranieri: *Diritto penale,* s. 82).

Goldschmidt'in tezi üzerinde durmağa dahi mahal görmüyoruz. Kaldı ki biz cezalandırılabilme ile ceza vermek hakkı arasında dahi fark görmekteyiz. Filhakika bir fiilin cezalandırılabilmesi, onun cezaî bir müeyyidesi oluşu demektir. Bu cezalandırılabilme fiile taallûk eder. O fiili işliyen kimseye devletin ceza vermesi ve buna hakkı oluşu ise cezanın tatbik edimesi, failin cezalandırılması demektir. Bu cezalandırma faile taallûk eder. Devletin cezalandırması bir şahıs hakkındadır. Bu hak, fiilin cezaî müeyyidesi oluşundan doğar. Kanun koyucu, belli bir fiili cezaî müeyyide ile tehdit ederken, o fiili işliyenleri devletin cezalandırmağa hakkı olacağını kabul etmiş demektir. Fakat bu hak fiilin işlendiği anda doğar. Halbuki cezalandırılabilme, fiilin suç sayılması ânında, umumî veya hususî ceza kanununun yürürlüğe girmesi sırasında bahis mevzuudur.

b) Cezalandırılabilme ile cezayı veya cezalandırmayı bir tutan görüşe de iltihak etmiyoruz. Cezalandırılabilme, fiilin ceza neticesini doğurabilme iktidarıdır. Ceza ise sadece bir neticedir. Şu halde bunlar Battaglini'nin [34] ve Ranieri'nin [35] de işaret ettikleri veçhile, ayrı ayrı şeylerdir.

c) Cezalandırılabilmenin cezanın tatbikinden önce, fakat suçtan sonra mevcudiyeti fikri de cezalandırılabilmeyi suçun bir neticesi saymak, yâni suçtan ayrı bir şey olarak kabul etmek demektir. Ceza tehdidi altında bulunmıyan fiile suç denilemiyeceği için cezalandırılabilmeyi de suçtan sonra nazara almağa, Ranieri [36] ile birlikte, imkân göremiyoruz. Vannini [37] gibi biz de, «cezalandırılmıyan suç» tâbirinin bir tenakuz ifade ettiği kanaatindeyiz.

ç) Cezalandırılabilmenin, müşahhas suçtan doğan mesuliyet mânasına alınması da ayni sebeplerle kabul edilmemek lâzımdır. Mesuliyet bahis mevzuu olmak için ortada bir suç olması lâzımdır. Kanaatimizce fiilin cezalandırılabilmesi ile failin cezalandırılabilmesini ayırd etmek lâzımdır. Birincisi suç nazariyesine, ikincisi suçlu nazariyesine, diğer bir söyleyişle işlenen suçtan dolayı cezalandırılmak mânasına gelen cezaî mesuliyet nazariyesine taallûk eder. Suç nazariyesi, mücerret suç tipini esas aldığı için, müşahhas hâdisenin failiyle alâkalı değildir. Fiilin ceza tehdidi altında olması, cezalandırılabilme unsurunun mevcudiyeti için kâfidir.

---

[34] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 202.

[35] RANIERI: *Diritto penale*, s. 137.

[36] RANIERI: *Diritto penale*, s. 137.

[37] VANNINI: *Manuale*, s. 63; *Lineamenti*, s. 5.

d) İtalyan kanununun bazı hallerde cezalandırılabilmeyi aramadığı iddiasını da varit görmemekteyiz. Bir kere 119 uncu maddede suç ortaklığında cezayı kaldıran şahsî sebeplerin ancak taallûk ettiği şahıs hakkında varit olacağı yazılıdır. Meselâ babasının malını çalana yardım eden şerik cezasını görecektir. Burada, Battaglini'nin kanaatince [38], cezalandırılabilme unsuru, şeriklerden biri bakımından mevcut olduğu için, suç tamamdır. 119 uncu maddeye tekabül eden bir maddemiz olmamakla beraber, bizde de cezalandırma neticesine varılacağına kaniiz [39]. Doktrin de bu kanaattedir [40]. Filhakika, hırsızlık fiilinin cezaî müeyyidesi önceden konulmuştur. Fiil, cezalandırılabilen bir fiildir. Cezalandırılabilme unsuru vardır. Failin oğul olması, bizce, Battaglini'nin zannettiği gibi, cezalandırılabilmeyi kaldıran bir sebep değil, fakat cezalandırmağa mani olan bir haldir. Bu sebeple ortada cezalandırılabilme unsuru da tamam bir hırsızlık vardır. Fakat şahsî olan ceza görmeme sebebi kendisinde bulunan şerik, ceza görmiyecektir. Bu halden, diğerlerinin istifadesi için bir sebep mevcut değildir.

İtalyan kanununun 170 inci maddesine gelince, bu maddeye göre bir suç diğer bir suçun mevcudiyetini ön şart olarak kabul ediyorsa, ön şart, suçu doğuran sebepler, asıl suça tesir etmiyeceklerdir. Keza mürekkep suçun unsuru veya ağırlatıcı sebebi olan suçu düşüren sebeplerin de mürekkep suç üzerinde tesiri olmıyacaktır. Bir misalle izah edelim. Bir memur, görevini yaptığı sırada memuriyetle ilgili olan ve resen takibi gereken, fakat zamanaşımına uğramış bulunan bir suçu öğrenip de ait olduğu daireye haber vermez veya geç haber verirse, suçu haber vermemek veya geç haber vermek cürmünü (CK 235) işlemiş olur. Zamanaşımına uğrayan suçu haber vermeyen memurun cezalandırılmasını, Manzini gibi [41], suçun zamanaşımına uğramış olup olmadığının takdirinin yalnız savcıya ve mahkemeye ait olması ile veya Battaglini gibi [42] burada bahis mevzuu olanın, önşart - suçun veyahut mürekkep suça dahil olan unsur - suçun veya ağırlatıcı sebep - suçun halen mevcudiyetini muhafaza etmesinin şart olmamasiyle izah edenler vardır. Battaglini'ye

---

[38] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 208.

[39] KUNTER: *Suç ortaklığında sorum ve ceza.* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947. I, 73.

[40] EREM: *Türk Ceza Hukuku,* s. 454; MAJNO: *Ceza Kanunu Şerhi,* c. IV; n. 2070, s. 208; MANZINI: *Trattato,* c. II, s. 330, c. VIII, s. 623; TANER: *Ceza Hukuku,* s. 525.

[41] MANZINI: *Trattato,* c. V, s. 202.

[42] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 205.

göre bu suçların evvelce mevcut olmuş bulunması kâfi sayılmıştır. Bunların halen cezalandırılması bahis mevzuu değildir ki, cezalandırıabilme unsurunun halen mevcut olması aransın. Biz, zamanaşımının yalnız taallûk ettiği suçlu hakkında devletin ceza vermek hakkını düşürdüğünü kabul ediyor (n. 171, g), bu itibarla, ne cezalandırılabilmenin ve ne de başkaları için ceza vermek hakkının düşmesinin bahis mevzuu olamıyacağını düşünüyoruz.

İtalyan kanununun 648 inci maddesi, 170 inci maddenin bir tatbik şeklinden ibarettir. Bu maddede, cürüm eşyası satın almak ve saklamak cürmüne ait hükümlerin evvelki cürmün faili cezalandırılmaz veya cezaya ehil olmazsa dahi tatbik olunabileceği yazılıdır. Kanunumuzda sarahat olmadığı halde bizde de ayni neticeye varmak mümkündür, diye düşünüyoruz. Meselâ zamanaşımına uğramış bir cürmün işlemesine iştirak etmeksizin o cürümden hasıl olan para vesair eşyayı bilerek kabul eden yahut satın alan kimse Ceza Kanununun 512 nci maddesinde yazılı cürüm eşyasını satın almak suçunu işlemiş sayılacaktır.

Bazıları, meselâ Puglia [43], bu neticeyi, zaman aşımı ile birinci cürmün yalnız dâva hakkının düşmesiyle, Manzini gibi [44], bazıları da bir cürümden hasıl olan para vesair eşyanın satın alınması veya saklanması cürmünün birinci cürümden tamamiyle müstakil bir suç olması ile izah ederler. Battaglini de bu ikinci gruptandır ve 648 inci maddenin, cezalandırılabilmesiz suçlara misal olduğunu söyliyenlere şu cevabı vermektedir [45]: Burada cürüm eşyasını satın almak cürmünün unsurlarının tesbiti bahis mevzuudur. Kanun koyucu bu hususta serbesttir. Birinci cürümden ne anladığını serbestçe tâyin edebilir.

Bizce de her iki cürüm birbirinden müstakildir. Fakat asıl sebep bu değildir. Kanaatimizce düşme sebepleri ancak suç faili hakkında yâni cezalandırılması bahis mevzuu kimseler hakkında hüküm ifade etmektedir (n. 171, g). Suç değil, fakat ancak onlar hakkında ceza vermek hakkı düşmüştür. Suç yine mevcut bulunmaktadır. Suçun düştüğünü kabul eden yeni İtalyan kanununun sarahati, burada düşmenin, ancak suç faili hakkında bahis mevzuu olduğunun; hakikî tam neticeli bir düşme olmadığının itirafından başka bir şey değildir.

II. *Cezalandırılabilmenin suçun özü, vasfı veya neticesi olduğu hakkındaki fikirlere de iltihak etmemekteyiz.* Filhakika cezalandırılabilme

---

[43] PUĞLIA (F.) : *Dei delitti contro la proprietà.* Enciclopedia del diritto penale italiano, c. X, s. 420.

[44] MANZINI: *Trattato,* c. VIII, s. 467.

[45] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s. 205.

suçun özü veya kendisi değildir. Battaglini'nin işaret ettiği gibi [46], bir suç işlemekten bahsolunur da bir cezalandırılabilme işlemek denilmez. Suçun zarurî bir vasfı veya neticesi olmasını kabul etmek demek ise, bizce zaten unsur olduğunu kabul etmek demektir. Diğer taraftan her hukuka aykırı tipik fiilin cezalandırılabilir olması lâzım gelmez. Fakat buna mukabil her cezalandırılabilen fiil, hukuka aykırı ve tipik fiildir. Bu hal, cezalandırılabilmenin diğer kanunî unsurlardan *sonra* tahakkuk ettiğini gösterir. O kadar. Yoksa bu tahakkuk zamanı farkından cezalandırılabilme unsurunun diğer unsurların tahakkukunun zarurî bir neticesi olduğu mânası çıkarılamaz.

III. *Cezalandırılabilmenin unsur olduğunun isbatı için Battaglini'nin yaptığı gibi* [47]*hukuka uygunluk sebeplerine dayanmağa da imkân görememekteyiz.* Hukukuka uygunluk sebeplerinde meselâ meşrû müdafaada kanunun cezalandırılmaz demesinden bu sebeplerin de cezalandırılabilmeye tesir ettiği neticesinin çıkarılması kanaatimizce hatalıdır. Evvelce gördüğümüz gibi (n. 116) bu sebepler hukuka aykırılığa tesir ederler. Cezalandırılabilme ile alâkaları doğrudan doğruya değil, suçun ortadan kalkması sebebiyle, dolayısıyledir.

IV. *Suçun cezalandırılabilmesi, cezalandırılabilir olması, kanaatimzi müstakil bir unsurdur.* Unsur kelimesine geniş mâna verdiğimizi söylemiş bulunuyoruz (n. 10). Diğer unsurların mevcut olmasına rağmen bazı sebepler dolayısiyle bir şeyin mevcut olmaması halinde suç meydana gelmiyorsa, o şeyi de suçun bir unsuru olarak kabul etmek lâzım geldiğine göre cezalandırılabilme bir unsurdur. Zira diğer unsurlar ve bilhassa hukuka aykırılık, tipikliğin mevcut olmasına rağmen yalnız cezalandırılabilmenin olmaması halinde suç teşekkül etmemekte, cezalandırılmıyan fiil suç sayılmamaktadır.

İlâve edelim ki, suçun her çeşit unsurunu kaldıran sebepler, suçun tahakkukuna mani olduğu için, cezalandırılabilmeye de tesir eder. Bu itibarla her çeşit unsura tesir eden sebeplerin, cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler olarak gösterilmesi mümkündür. Fakat bunda bir fayda yoktur. Her unsura tesir eden sebebi ayrıca tasrih etmekte ise, unsurları daha iyi belirtmek gibi sistematik bir fayda vardır.

Bazı suçlarda cezalandırılabilme unsurunun şartlara bağlanmış olması da, cezalandırılabilmenin diğerlerinden ayrı ve müstakil bir unsur olduğunu göstermektedir. İleride bu şartlardan uzun uzadıya bahsede-

[46] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 202.

[47] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 204.

ceğiz. Göreceğiz ki (n. 136, III), bu şartlar, umumî cezalandırılabilme unsurunun bazı suçlarda şarta bağlanması neticesini tevlit ederler. Bu şartlar tahakkuk etmeden, cezalandırılabilme unsurunun mevcudiyeti bilinmez. Kanun koyucu ceza müeyyidesi koyup koymamakta mütereddittir. Tereddüdünü yenmek için, şartın tahakkukunu aramaktadır. Şart tahakkuk etmek kaydiyle, fiil cezalandırılabilen bir fiil olacaktır.

Hülâsa, cezalandırılabilmenin unsur oluşunu biz, yalnız cezalandırılabilmeye tesir eden sebeplerin mevcudiyeti ve cezalandırılabilmenin şarta bağlanması ile izah etmekteyiz.

2. §

CEZALANDIRILABİLMENİN ŞÜMULÜ

123 — Cezalandırılabilmenin şümulü meselesi, 124 — İkici nazariye taraftarlarına göre cezalandırılabilmenin şümulü, 125 — Tekci nazariye taraftarlarına göre cezalandırılabilmenin şümulü, 126 — Kanaatimiz.

123 — Cezalandırılabilmenin şümulü meselesi.

Cezalandırılabilmeyi suçun bir unsuru olarak kabul ettikten sonra, fiilin ceza neticesi doğurabilme iktidarı diye tarif edebildiğimiz bu unsurun doğurabildiği ceza neticesi üzerinde durmakta fayda vardır. Tatbik edilecek ceza bakımından cezalandırılabilmenin şümulünü tetkikte gördüğümüz bu fayda, bilhassa son zamanlarda cezaların yanı başında emniyet tedbirleri adı verilen müeyyidelere de baş vurulmuş olması [48] bakımındandır. Evvelce, tenkilî müeyyidelerin cezalardan ibaret olduğu zamanlarda, ancak müeyyidesi ceza olan fiillere suç adı verilmesi ve cezalandırılabilme ile ceza adı verilen müeyyidenin tatbik edilebileceğinin ifade olunması tabiî idi. Bugün, emniyet tedbirleri de kabul olunduğuna göre, cezalandırılabilmenin şümulü meselesi diyebileceğimiz bir mesele karşısında bulunuyoruz, demektir.

124 — İkici nazariye taraftarlarına göre cezalandırılabilmenin şümulü.

Müeyyidelerin biri ceza, diğeri emniyet tedbiri olmak üzere mahiyetçe farklı iki çeşidi olduğunu kabul eden ikici nazariye taraftarları umumi-

---

[48] KUNTER: *Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri.* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947, IV, 1327.

yetle cezalandırılabilmeden «cezaî müeyyidesi oluş» mânası çıkarmakta ve şümul meselesi üzerinde durmamaktadırlar. Bu nazariye taraftarlarından olup da suç nazariyelerinde emniyet tedbirlerini hesaba katanlar pek nadirdir. Bu arada Vannini'yi zikredebiliriz. Suçun hukukî mefhumunun biri kaidevî (precettivo), diğeri hâdisevî (fenomenico) iki veçhesi olduğunu söyliyen bu müellif [49], suçun hâdisevî veçhesini yâni müşahhas bir şekilde tahakkukunu tetkik ederken müeyyide bakımından bir tefrik yapmaktadır : Suçun hukukî neticesi ya cürmî ceza (pena criminale) dir, bu takdirde suç *kanuna aykırı hukukî fiil* (fatto giuridico illecito)-dur; yahut *sadece hukukî fiil* (semplice fatto giuridico) dur, kanuna aykırı değildir. Hukukî neticesi de gayrı cezaîdir. Yâni emniyet tedbiridir. Bu takdirde suç denilmesi bile doğru değildir.

İkici nazariye taraftarlarından olup da emniyet tedbirlerini suçun işlenmesinden önce alınan tedbirler olarak kabul edenlerden meselâ von Liszt [50] ve Battaglini [51]'den, cezalandırılabilmenin şümulü meselesinde emniyet tedbirlerini de nazara almış olmalarını tabiatiyle bekliyemezdik. Fakat emniyet tedbirlerini suçun işlenmesinden sonra alınan tedbirler olarak kabul edenlerin, bunları ister önleyici idarî tedbirler, ister cezadan başka esasa istinat eden hukukî müeyyideler, ister ceza olmamakla beraber ceza sahasına giren müeyyideler olarak göstersinler, suç nazariyelerinin cezalandırılabilme bahsinde emniyet tedbirlerini de hesaba katmaları lâzımdı, diye düşünüyoruz.

125 — Tekçi nazariye taraftarlarına göre cezalandırılabilmenin şümulü.

Cezaları ve emniyet tedbirlerini bir tutan tekçi nazariye taraftarlarından olup da suçlulukla mücadelenin tek vasıtası olan emniyet tedbirlerini suçun işlenmesinden evvel alınan önleyici tedbirler olarak kabul edenler de, tabiatiyle, suçun bir neticesi olan cezadan veya bir vasıf-unsuru olan cezalandırılabilmeden ve bunun şümulünden bahsetmiyeceklerdir. Fakat tekçi nazariye taraftarlarından ceza ve emniyet tedbiri arasında mahiyet farkı görmiyen ve müeyyide müşterek adı altında ifade edilen bu tedbirleri suçun işlenmesinden sonra alınan tedbirler olarak kabul edenler cezalandırılabilmenin şümulünde, emniyet tedbiri denilen

[49] VANNINI: *Manuale*, s. 61.

[50] V. LISZT: *Rapport au congrès de Bruxelles* (1910).

[51] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 453; *La peine dans le système des sanctions juridiques*. Revue Internationale de droit pénal. 1924, s. 52.

müeyyidenin tatbik edilebilmesinin de dahil olduğunu tasrih etmeliydiler. Biz, sadece Florian'ın, suçun hukukî mahiyetinin pozitivist tekçi sistemde hâkim olan ikici sistemdekine nazaran ne gibi değişiklikler ârzedeceğni gösterdiğine ve bunları saymakla iktifa ettiğine [52] rastlamış bulunmaktayız. Florian'a göre, ikici sistemde emniyet tedbirleriyle alâkası bakımından nazara alınırsa, suçun şu dört şart - unsuru haiz olduğu müşahede edilir: a) haricî bir fiil, b) fiilin hukuka aykırılığı, c) failin tehlikeliliği, d) emniyet tedbiri tehdidi. Bu müellif, pozitivist olan kriminolojik metod bakımından nazara alındığı zaman suçun bugünkü unsurlarından bazılarının ortadan kalkacağı kanaatindedir. Meselâ kusurluluk mefhumu kalkacaktır, çünkü yalnız ehliyeti olanları değil, olmıyanları dahi pozitivist mektep suçlu saymaktadır. Keza ananevî mânada ceza tatbikinden (yâni cezalandırılabilmeden) bahsolunamıyacaktır, çünkü, Ferri projesinin ikinci maddesinde denildiği gibi «kanunun kendisine *müeyyide* tâyin eylediği her fiil suçtur.»

126 — Kanaatimiz.

Biz, tekçi nazariyeye taraftarız. Suçu işliyenler hakkında alınacak tenkilî müeyyideler arasında mahiyet farkı bulunmadığını, sadece suçlu şahsiyetine uydurulmak üzere çeşitli müeyyideler tatbik edildiğini, meselâ akıl hastası suçlunun bir şifa evine konulmasının, hakkında hürriyeti bağlayıcı ve ıslah edici bir tretman tatbiki gereken bir suçlunun ceza evine konulmasından farkının, birisi hakkında cemiyetin müdafaasının, tedaviyi, diğeri hakkında ıslahı gerektirmesiyle izah olunabileceğini kabul etmekteyiz. Hattâ, ceza kelimesinin, dar ve an'anevî mânasında kullanılmasına, yâni Yeni Klâsiklerin yaptıkları gibi emniyet tedbirlerinin zıddı olarak alınmasına da taraftar değiliz ve ceza kelimesine yeni ve geniş bir mâna vermekteyiz [53]. Bu geniş mâna, Ferri'nin müeyyide kelimesiyle ifade etmek istediği mânadır. Yeni bir kelimenin yanlış anlamlara mani olmak faydası inkâr edilemez. Fakat buna mukabil benimsenmesi müşküldür. Yeniye karşı tepki daha kuvvetli olur. Halbuki eski kelimelere yeni mânalar verilirse ruhî mukavemet nisbeten az olur ve yeni mefhumların daha çabuk yayılması sağlanır.

Hülâsa, cezalandırılabilme deyince, ikici sistemi kabul eden bugünkü mevzuat bakımından hem ceza ve hem de emniyet tedbiri tatbik edilebilmesini anlamak icap edeceği kanaatindeyiz. Sarhoşluk ve uyuşturucu

[52] FLORIAN: *Trattato*, c. 1, s. 377.

[53] KUNTER: *La travail pénal*. Paris - Lausanne, 1940, s. 40.

maddeleri kullanmak suçlarını işliyen ve itiyadı iptilâ derecesine vardıran suçlular hakkında klâsik mânada ceza vermeyip bir hastahanede muhafaza ve tedavi tedbiri tatbikini emreden kanunumuz dahi (m. 404, 573), cezalandırılabilmenin şümulünü genişletmeğe, bir diğer söyleyişle cezalandırılabilme ve ceza kelimelerini geniş mânada almağa bizi icbar etmektedir.

Bu vesile ile, tekçi sistemde, suçun ikici sistemde mevcut kusurluluk unsurunun kalkacağı hakkındaki Florian'ın görüşüne (n. 125) iştirak etmediğimizi belirtmek isteriz. Müteaddit defalar işaret ettiğimiz gibi (n. 55, II; 60, III), biz kusurluluğu ahlâkî değerlendirme olarak değil, fail ile fiili arasındaki ruhî bağ olarak almakta ve bu bağın bugün ceza ehliyeti olmadığı kabul edilen kimselerde de mevcut bulunabileceğini kabul etmekteyiz. Bu itibarla pozitivist sistem dahilinde dahi suçun psikolojik bir unsuru mevcut olmakta devam edecektir. Ferri'nin *ruhî hareket* (azione psichica) dediği de [54] bundan başka bir şey değildir.

3. §

ŞARTA BAĞLI CEZALANDIRILABİLME

127 — Cezalandırılabilmenin şarta bağlanması meselesi.

Hukuka aykırılıkta olduğu gibi, cezalandırılabilme bahsinde de şöyle bir mesele karşısında kalabiliriz: cezalandırılabilme bütün suçlara taallûk eden umumî bir unsur mudur? bazı suçlarda ayrıca aranan hususî diyebileceğimiz cezalandırılabilme bahis mevzuu olabilir mi?

Bu meseleyi ortaya çıkaran, kanun koyucuların tuttukları yol olmuştur. Filhakika, bir çok kanunlarda çeşitli tâbirler kullanılarak bazı suçların cezalandırılması şarta tâbi tutulmuştur. Bir çok maddelerde

[54] FERRI: *Principi*, s. 386, 417.

bazan (eğr, şayet) gibi açıkça, bazan kapalı bir şekilde şart ifade eden tâbirler kullanılmıştır. İşte bu durumdur ki, doktrinde cezalandırılabilme şartları diye adlandırılan mefhumun meydana çıkmasına sebep olmuş, bu şartların kanunlarda açıkça gösterilmemiş olsa dahi, hususî hükümlere tâbi bulunması gerekeceği ve bu itibarla suç nazariyelerinde ayrı bir yer işgal edeceği ileri sürülmüştür.

Kanunlardaki hangi hükümlerin cezalandırılabilme şartı olduğu, bunlara ne hükümler terettüp edeceği meselesi doktrinde hayli münakaşalara yol açmıştır. Mesele, bu şartların ilk defa 1930 İtalyan kanununa girmek suretiyle mevzuatta yer almış olmalarına rağmen, müphemiyetini muhafaza etmektedir.

128 — Terminoloji.

Bazı suçların cezalandırılmasının hususî şartlara tâbi tutulmuş olduğunu ilk defa ileri süren Alman doktrini, bunlara *Strafbarkeitsbedingungen* (cezalandırılabilme şartları), yahut bunların maddî unsurların haricinde olduğunu ifade etmek üzere *äusserer Strafbarkeitsbedingungen* (cezalandırılabilme harici şartları) adını vermiştir. İtalyan doktrini de, bazı suçların cezalandırılması için kanunların aradığı bu hususî halleri, *condizione di punibilità* (cezalandırılabilme şartı) diye adlandırmış, bazan da bunların kusurlulukla alâkasızlığını göstermek üzere *condizioni obiettive di punibiità* (cezalandırılabilme objektif şartları) demiştir. Yeni İtalyan kanunu bu sonuncu tâbiri kullanmıştır (m. 44). Fransız doktrini bu meseleyi ele almamış, Alman ıstılahını tercüme etmek zarureti karşısında *conditions de la criminalité* tâbirini kullanmıştır. Türk doktrininde cezalandırılabilmenin şarta bağlanması müstakillen ele alınmış değildir. Son zamanlarda şikâyet hakkı müessesesi dolayısiyle Profesör Faruk Erem «Cezalandırılabilme şartı», «ceza şartı» ve «şarta bağlı suç» tâbirlerini kullanmıştır [55].

Cezalandırılabilme ile ceza arasında fark gözettiğimiz için (n. 112, I), ceza şartı tâbirini yersiz buluyoruz.

Biz, cezalandırılabilme umumî unsurunun bazı hallerde belli bir şartın tahakkukuna bağlı tutulmasını kabul ettiğimiz için (n. 136), bu şartları, cezalandırılabilme şartları diye adlandırmayı tercih etmiş bulunuyoruz. Bazı hallerde belli bir şartın tahakkukuna bağlı tutulmuş olan cezalandırılabilmeye de Battaglini ile birlikte [56], *şarta bağlı cezalandırıla-*

---

[55] EREM: *Türk Ceza Hukuku,* s. 91, 435.

[56] BATTAGLINI: *Diritto penale,* s, 209.

bilme (punibilità condizionata) diyeceğiz. Bu surete, cezalandırılabilme şartlarının, umumî cezalandırılabilme unsurunun şartı olduğu belirtilmiş ve cezalandırılabilme şartlarının bazı suçlara münhasır olduğu ve bu itibarla suç umumî nazariyesinde yeri bulunmadığı şeklindeki itirazın (n. 131) da önlenilmiş olacağını düşünüyoruz.

Cezalandırılabilme unsurunun, bir şekli olan şarta bağlı cezalandırılabilmede en büyük alâkayı, şart sayılan netice üzerine çekmekte ve âdeta şartın kendisi, hususî suçun unsurlarından biriymiş gibi addolunmaktadır. Unsurun şart değil, fakat şarta bağlı cezalandırılabilme olduğunu şimdiden belirtmekte fayda umuyoruz.

129 — Cezalandırılabilme şartları mefhumunun ortaya çıkışı.

Cezalandırılabilme şartları mefhumunu ortaya atan Alman doktrini olmuştur. Buna da sebep Alman Ceza Kanununun 59 uncu maddesidir. Bu maddenin birinci fıkrası aynen şöyledir: *Cezalandırılan bir hareketi işlerken, kanunî tipe taallûk eden yahut cezayı arttıran fiilî bir hali bilmiyen faile, bu hal isnat olunamaz.»* Bu sarahate rağmen bazı halleri failin bilmemesinin lehe tesir etmiyeceğini kabul eden Alman doktrini, cezalandırılabilme objektif şartları mefhumunu ileri sürmüş ve hattâ ağırlatıcı sebeplere taallûk etmek üzere «daha fazla cezalandırılabilme objektif şartları» mefhumunu da [57] ortaya atmıştır.

Cezalandırılabilme şartları İtalyada da doktrini meşgul etmiştir. Fakat bilhassa yeni kanunun cezalandırılabilme objektif şartlarını açıkça kabul etmesi üzerine bu mesele üzerinde fazla durulmak lüzumu hissolunmuştur. 1930 kanunu, matlabı «*cezalandırılabilme objektif şartları*» olan 44 üncü maddesinde bu şartların sadece kast ile alâkasını belirtmiştir. Madde aynen şöyledir: «*Bir suçun cezalandırılabilmesi kanun tarafından bir şartın tahakkukuna bağlı tutulan hallerde, fail, şartın tahakkuku ile meydana gelecek neticeyi istemese dahi, suçtan mesul olur.*»

---

[57] Her ne kadar Berner, Hälschner ve Binding gibi bazı müellifler tarafından aksi iddia edilmiş ise de, daha fazla cezalandırılabilme şartlarının kusurdan müstakil, yani objektif olduğu Alman doktrininde umumiyetle kabul edilmiştir. Bu arada V. Liszt (*Traité*, s. 239), V. Hippel (*Manuale*, s. 208) ve Mezger (*Diritto penale*, s. 336)'i sayabiliriz. Alman Yüksek Mahkemesinin müstakar içtihadı da bu merkezdedir. Biz suç unsurları nazariyemizde basit suçu ele aldığımız için mevsuf suçlara müteallik bulunan ve cezayı ağırlaştıran neticeler ile meşgul olmıyacağız.

Görülüyor ki, İtalyan kanunu cezalandırılabilme şartlarının mahiyetini tarif etmiş değildir. Battaglini bu sükûtu, kanun koyucunun doktrin ihtilâfları karşısında güç bir duruma düşmüş olması ve tariften çekinmesiyle izah etmektedir [58]. Filhakika İtalyan kanun koyucusu bu meselenin hallini doktrine bırakmayı tercih etmiştir. Parlâmento komisyonu, kanunda tarif de yapılmamış olduğunu ilâve ederek, bu maddenin zait olduğu fikrini izhar etmişti. Adalet Bakanı Rocco, krala sunduğu esbabı mucibe lâyihasının 25 inci bendinde aynen şöyle demektedir :

«1889 kanununun meriyeti zamanında İtalyan ilminin meydana getirdiklerini nazara alarak, 44 üncü madde, doktrinin ilerde inkişaf ettireceği bir kaideyi sevketmektedir. Cezalandırılabilme şartları, 1889 kanunu zamanında dahi mevcuttu. Fakat kanunda, şartın tahakkukunun bağlı olduğu neticenin fail tarafından istenmiş olup olmaması meselesini halledecek bir kaide mevcut değildi. Yeni kanun bu mevzuda çıkacak meseleleri halledecek tedbirleri almıştır. Bu itibarla, bu husustaki hüküm, zait telâkki edilmekten çok uzaktır.

Mesuliyet hakkındaki umumî kaidelere istisna vazeden bu prensibin doğruluğundan şüphe edilmemelidir. Bu prensibin dayandığı fikir şudur ki, bahis mevzuu olan şartlar, icraî veya ihmalî hareketin değil, fakat suçun unsurlarıdır. Kanun koyucuya göre, bu şartların cezalandırılabilmeye sebep olması için, fail tarafından istenmesi zarurî değildir.

Parlâmento komisyonunun, kanunda cezalandırılabilme şartlarının tarif edilmemiş olduğu mülâhazasına da kolayca cevap verilebilir ve denilebilir ki, bu şartların mefhumu 44 üncü maddeden kolayca anlaşılmaktadır. Diğer taraftan kanunun bu şartları aradığı yerlerde bunlar açıkça tasrih edilmişlerdir. Bu mefhumu inkişaf ettirmek, suçun diğer unsurlariyle cezalandırılabilme şartları arasındaki ayırıcı vasıfları belirtmek kanunun değil, ilmin vazifesidir.»

130 — Cezalandırılabilme şartlarının suç nazariyesi içindeki yeri meselesi.

Cezalandırılabilme şartlarının, suç nazariyesi içindeki yerini, suç bünyesi içindeki vazifesini tayin hususunda, doktrinde çeşitli görüşlere rastlanmaktadır: bu görüşleri iki grupta mütalâa etmek mümkündür. Bir ksısm cezacılar, cezalandırılabilme şartları diye bir şey kabul etmezler. Cezalandırılabilme şartlarının müstakil varlığını kabul edenler de on-

[58] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 210.

ların suç nazariyesine girip girmediği hususunda ikiye ayrılırlar. Suç nazariyesine girdiğini, yâni unsur olduğunu kabul edenler de bunları yâ hususî unsur, ya cezalandırılabilmeden müstakil umumî bir unsur, yahut da cezalandırılabilme umumî unsurunun şarta bağlanmış bir şekli olarak telâkki ederler.

131 — Cezalandırılabilme şartlarının müstakil varlığı olmadığı telâkkisi.

Bir fikre göre, cezalandırılabilme şartlarının müstakil varlığı mevcut değildir. Bunlara ehemmiyet vermeğe de bu itibarla mahal yoktur. Meselâ Florian bu şartların fiilin değilse bile, suçun kurucu unsuru olduklarını, failin faaliyetinden meydana gelmeseler bile onun işlediği fiile veya onun hareketinin sebep olduğu neticeye taallûk ettiğini, hülâsa müstakil varlığı olmadığını söylemektedir [59]. Bu müellife göre cezalandırılabilme şartları diye gösterilenlerin bir kısmı da suçüstü yakalanma şartı ile milletlerarası münasebetlerde mütekabiliyet şartında olduğu gibi, ceza dâvasının açılması için zarurî bulunan takip şartlarıdır. Cezalandırılabilme şartları, taraftarlarının fikrinde olmasa bile, neticede, bazı suç unsurlarının sübjektif unsurla birlikte bulunması zaruretini ortadan kaldırmaktan başka bir şeye yaramamaktadır. Bu kadar basit bir neticeyi elde etmek için de bu kadar gayri vâzıh, bu kadar lüzumsuz yere mudil bir kategori kabulüne ihtiyaç yoktur. Bu müellif, Sabatini'nin ileri sürdüğü [60], neticesi cezalandırılabilmenin taliki şartı olan *şarta bağlı suç* mefhumunu da kabul etmemekte ve bu halde suç, şartın tahakkukundan önce mevcut olamıyacağına göre henüz mevcut olmıyan bir suçun şarta bağlanmaması mümkün değildir, demektedir.

Pergola da bu şartları, suç unsurlarından olan neticelerin bir nevi olmak üzere mütalâa etmekte ve bazı suçlara münhasır olduğu için suç umumî nazariyesinde yeri olmadığını söylemektedir [61].

132 — Cezalandırılabilme şartlarının hususî unsur olduğu telâkkisi.

Cezalandırılabilme şartlarının müstakil varlığını kabul edenlerden bir kısmına göre bunlar suç unsurlarından değilerdir. Bu şartlar tahakkuk etmeden önce suç tamamlanmış bulunmaktadır.

---

[59] FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 401.

[60] SABATINI: *Istituzioni*, c. I, s. 257.

[61] PERGOLA: *Il reato*, s. 204.

Meselâ Grispigni'ye göre [62], cezalandırılabilme şartlarından değil, ceza kaidesi (precetto penale) muteberiyeti şartlarından bahsetmek daha doğrudur. Çünkü burada ceza kaidesi, netice itibariyle de hukukî - cezaî münasebet (rapporto giuridico penale) in doğumu bir fiilin mevcudiyetine bağlı tutulmuştur. Bu müellif diyor ki, cezalandırılabilme şartları denilen şartlar unsur değildir. Aksi takdirde suçun teşekküüne, üçüncü şahısların elinde olan ve faile yabancı bulunan hâdiselerin tesir edeceğini kabul etmek gerekir ki, bu da abes bir şey olur. Bu şartların tahakkukundan önce, müsbet ve menfî unsurları mevcut ise, suç tamam olmuştur. Sadece cezalandırmak sübjektif hakkı derhal doğmamış, bu hakkın doğumu şartın tahakkukuna bağlı tutulmuştur. Suçun muallâkta duran hukukî tesiri, şart tahakkuk edince, suçun önce tamamlandığı andan itibaren kendini göstermeğe başlıyacaktır.

Bu şartların suç bahsinde değil, ceza bahsinde tetkiki gerektiğini söyliyen Grispigni, cezalandırılabilmeyi suçun bir vasfı olarak kabul etmekte, fakat bu vasıf olmadan da suçtan bahsolunmasını yanlış bulmamamaktadır. Ona göre şart tahakkuk etmeden de fiil cezalandırılamaz değildir, sadece ceza tatbiki talik edilmiştir. Bir fiilin cezalandırılabilir olması için neler lâzım geldiği araştırılırken cezalandırılabilme ayrıca gösterilemez. Failin istiyerek veya istemiyerek sebep olduğu netice, şart değildir. Kurucu unsurdur. Hakikî cezalandırılabilme şartlarının, suç şartı olarak ifadesi mümkün değildir. Çünkü suçun talikî bir şartı mevcut olamıyacağına göre, şarta bağlı suç da mevcut olamaz.

Antolisei da cezalandırılabilme şartlarının unsurları bakımından tam bir suçun önceden mevcut olmasını gerektirdiği ve tesirlerinin sadece cezanın tatbik edilebilmesini teminden ibaret olduğu fikrinde bulunduğundan bu şartları ceza bahsinde tetkik etmektedir [63]. Bu müellif de, suçun üçüncü şahısların elinde olan neticelere bağlı olmasını doğru bulmamakta ve kanunda *suçun* cezalandırılabilirliğinden bahsedilmiş olmasından, suçun önceden tamam olduğu neticesine varmaktadır. Cezalandırılabilme şartları, bu müellife göre, müstakbel, gayri muayyen, fiile yabancı olaylardır.

Sabatini de cezalandırılabilme şartlarından önce, suçun tamam olduğu kanaatindedir. Bu müellif fikrini şöyle izah etmektedir [64]: Cezalandırılabilme suçun vasıflarından biridir. Fakat cezalandırılabilme belli şartların tahakkukiyle bazı hallerde kalktığı gibi, mevcudiyeti bazı şart-

---

[62] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. I, s. 300; c. II, s. 16.

[63] ANTOLISEI: *Manuale*, s. 382.

[64] SABATINI: *Istituzioni*, c. I, s. 249.

ların tahakkukuna da bağlı tutulabilir. Cezalandırılamıyan fiil, netice itibarile, suç değildir, fakat müesseselerin hukukî mahiyetinin açıklanması bakımından ayni neticeye hangi yollardan varıldığının tesbiti lâzımdır. Objektif veya sübjektif unsurun yokluğu sebebiyle suçun teşekkül edememesi başkadır, bu unsurların tamam olmasına rağmen, sonradan meydana çıkan sebepler yüzünden suçun normal hukukî neticeden yâni kanunun mücerret bir şekilde koyduğu ceza tehdidinin müşahhas bir surette tatbikinden mahrum kalması başkadır. Doğmamış insan da, ölü de gayri mevcuttur. Fakat mevcut olmayışları başka şekillerle izah olunur. İşte cezalandırılabilme şartları da, tamamlanan suçun cezalandırılmasının tahakkukuna bağlı tutulduğu suça yabancı şartlardır.

Bettiol da bu grupa dahil cezacılardandır ve Franasco Alimena ile birlikte [65], *nulla poena sine crimine* kaidesinin bazı hallerde *nulla poena sine crimine et conditione* şekline girdiğini, suç tamam olmasına rağmen, şart tahakkuk etmedikçe, cezanın tatbik edilmesinin kanun koyucu tarafından uygun görülmediğini söylemektedir [66].

Maggiore'ye göre de cezalandırılabilme şartları unsur olmadıkları için suç mefhumu dışındadırlar. Şart tahakkuk etmeden de suç tamamlanmış bulunmaktadır [67].

133 — Cezalandırılabilme şartlarının hususî unsur olduğu telâkkisi.

Cezalandırılabilme şartlarının müstakil varlığını kabul eden ve yerinin suç nazariyesi olduğunu söyliyen müelliflerin bir kısmına göre de bu şartlar, suçların umumî değil, hususî unsurları arasındadır. Bu itibarla, bu şartlar tahakkuk etmeyince, belli suç da meydana gelmez.

Meselâ Mezger, kanunun muhtelif yerlerinde rastlanılan cezalandırılabilme objektif şartlarının kanunî tipe bağlı olduğunu, âdeta onun bir cüzünü teşkil ettiğini söylemektedir [68]. Keza Manzini'ye göre, cezalandırılabilme şartları, fiilin icrası sırasında veya sonra meydana çıkan suçun unsurlarındandır. Bunlar olmadıkça fiil cezalandırılamaz [69]. Hususî hukuktaki şart müessesesini ceza hukukuna nakletmek suretiyle cezalandırılabilme şartlarını izah eden ve hususî hukuktaki talikî şartla-

---

[65] ALIMENA (F.) : *Le condizioni di punibilità*, 1938, s. 58 (Bettiol'dan naklen: *Diritto penale*, s. 140).

[66] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 140.

[67] MAGGIORE: *Diritto penale*, s. 210.

[68] MEZGER: *Diritto penale*, s. 198, 328.

[69] MANZINI: *Trattato*, c. I, s. 429.

ra cezada suçun kurucu şartlarının, infisahî şartlara suçu kaldıran şartlarla suçu değiştiren şartların tekabül ettiğini söyliyen Carnelutti de dahilî şart denilmesini tercih ettiği cezalandırılabilme şartlarını, suç mefhumunun şart - unsur (requisito) ları arasında saymaktadır [70]. Saltelli ve Romano Di Falco da cezalandırılabilme şartlarını, her suçun değil, fakat bazı suçların esaslı unsurlarından addetmektedirler. Bu müelliflere göre suç, tarifi icabı cezalandırılabilen hukuka aykırılıktır. Cezalandırılamıyan suç, suç değildir [71].

Keza Vannini'ye göre de [72], cezalandırılabilme şartları, bir suçtan mesul olmak için, bazan aranılan fiile yabancı bir unsurdur. Suç muhtevası ile hukukî fiil olan suç, zaman ve mekân bakımından birbirine her zaman tetabuk etmezler. Bazan hukukî fiil olarak yani hukukî neticeler tevlit eden bir fiil olarak suç muhtevası olan fiil ile fiile yabancı olan bir unsurun birleşmesi icap eder. İşte suç muhtevasına yabancı olan bu unsurlar, cezalandırılabilme şartlarıdır. Jannitti Piromallo'ya göre ise [73], fiilin kurucu unsurlariyle suçun kurucu unsurlarını tefrik etmek lâzımdır. Suç unsurları arasında fiil unsurlarından bazan fazla olarak meselâ cezalandırılabilme objektif şartları da bulunabilir. Şu halde 44 üncü maddede suçun cezalandırılabilmesinden değil, henüz şart tahakkuk etmedikçe suç olamıyacağına göre, fiilin cezalandırılabilmesinden bahsedilmesi daha doğru olurdu.

Altavilla'ya göre objektif şartlar, ön şartlarla birlikte suçun esaslı unsurlarının haricî kısmını teşkil eder. Hareket ve neticeden ibaret olan dahilî esaslı unsurlar belli bir olay yaratmağa müteveccih ruhî bir faaliyetin haricî tezahürü olduğu halde, haricî unsurların birinci çeşidi yâni faaliyetten önce meydana gelen ön şartlar, ikinci çeşidi yâni sonra meydana gelen cezalandırılabilme şartları, olayın iradî surette yaratılmasiyle alâkalı değillerdir. Bu müellif, objektif cezalandırılabilme şartlarını, belli bir hareketin cezalandırılması için şart koşulan, failin iradesinden müstakil olan, müstakbel ve şüpheli bir netice diye tarif etmektedir. Şart, hukuka aykırılığın bütün vasıflarını haiz bir fiili, suç siyaseti mülâhazalariyle cezalandırmaktadır. Şartın tahakkuk edip etmemesinin failin tehlikeliliği bakımından ehemmiyeti yoktur. Halbuki ön şartlar eksik ise failin tehlikeliliği de yok demektir [74].

---

[70] CARNELUTTI: *Lezioni*, s. 137; 225.

[71] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO: *Commento*, c. I, s. 284, 287.

[72] VANNINI: *Elementi*, s. 53; *Manuale*, s. 67.

[73] JANNITTI PIROMALLO: *Corso*, s. 118.

[74] ALTAVILLA: *Teoria*, s. 204, 227, 231.

Fikirleri bir hususiyet arzeden Massari'yi de [75] bu grupa ithal etmek lâzımdır. Bu müellif her ne kadar suç şartları ile cezalandırılabilme şartlarını ayırmakta ve cezalandırılabilme şartlarını, tamam olan bir suçun hukukî neticesini sonradan ortadan kaldıran zamanaşımı, umumî af gibi hususî unsurlar olarak kabul etmekte ise de hukukî neticenin meydana çıkmasını talik eden şartların da mevcudiyetini kabul etmekte ve bizim cezalandırılabilme şartı dediğimizi suç şartı olarak ifade etmektedir. Bu müellife göre, şart ihtiva eden her suç, şarta bağlı suç değildir. Sadece suç şartlarını ihtiva edenler şarta bağlı suçlardır. Suç sartı, suçun muhtevasına dahil olan, yâni kurucu olan esaslı unsurlardandır. Suç şartından, sadece unsur olduğu kasdolunursa, onun ayrıca şart olduğunu söylemenin ve şarta bağlı suç mefhumunu kabul etmenin zait olacağını söyliyen Massari, taksirli suçlarda teşebbüsü imkânsız kılması bakımından şartın ehemmiyeti olduğunu, bu itibarla şarta bağl suçtan bahsolunabileceğini, fakat bu takdirde unsurları bakımından tamam olan hukukî bir fiile taallûk eden şart mefhumundan çok farklı bir hukukî mefhum karşısında bulunulduğunu ilâve etmektedir. Bu müellife göre, şarta bağlı suç, neticenin hareketten ayrıldığını göstermek için değil, fakat tamamlanması anı neticenin tahakkukundan önce olan suçları ifade etmek için ileri sürülebilir. İlâve etmek lâzımdır ki, Massari, şarta bağlı suçları tetkik için Regelsberger'in ortaya attığı ve Kohler'in tarif ettiği *hukukî durum* (Rechtslage = Situazione giuridica) mefhumunu ele almaktadır. Hususî hukuktan alınan bu mefhum, sübjektif hakkın teşekkül safhalarından birini ifade etmektedir. Bu safhada hak henüz teşekkül etmemiştir. Kurucu bazı unsurların iltihakından sonra sübjektif hak meydana gelecektir. Şartın tahakkukundan önceki suçun teşekkül durumu da işte bu hukukî durumdur. Ekseriyetle iddia olunduğu gibi suç teşekkül etmiş değildir. Fakat bu hukukî duruma bazı hükümler terettüp etmektedir. Meselâ suçun işlendiği yeri tayin bakımından hareketin yapıldığı yere bakılır, keza hariçte işlenen bazı suçlarda fail memlekette olmasa, yâni şart tahakuk etmese dahi hâkim delilleri toplamak ve muhafaza etmekle mükelleftir. (Eski İtalyan Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu, m. 22).

134 — Cezalandırılabilme şartlarının, cezalandırılabilmeden müstakil umumî bir unsur olduğu telâkkisi.

Bu fikirde olan Beling'e göre, cezaî müeyyideye tâbi oluş ile cezalandırılabilme şartlarının mevcudiyeti birbirlerinden farklı iki unsurdur.

[75] MASSARI: *Il momento esecutivo del reato*, s. 236, 239, 243.

Filhakika, bu müellif, suç unsurlarını sayarken bunları ayrı ayrı zikretmektedir [76].

135 — Cezalandırılabilme şartlarının hukuka aykırılık veya, cezalandırılabilme unsurunun bir şartı olduğu telâkkisi.

Cezalandırılabilme şartlarının unsur olarak müstakil varlığını kabul eden müelliflerin bir kısmına göre ise, bu şartlar bazı suçlara münhasır hususî unsur değildir, her suçta bulunan hukuka aykırılık veya cezalandırılabilme umumî unsurunun bir şeklinden ibarettir. Meselâ Sauer cezalandırılabilme şartlarının hukuka aykırılığın şartı olduğunu, şart tahakkuk etmeyince bu unsurun meydana gelmediğini kabul etmektedir. İlâve etmek lâzımdır ki bu müellif suçun biri kusurluluk diğeri hukuka aykırılıktan ibaret iki unsuru olduğu kanaatindedir [77].

Bu şartların cezalandırılabilme umumî unsurunun şartı olduğu telâkkisi daha umumîdir. Meselâ cezalandırılabilmeyi müstakil bir unsur kabul eden Battaglini bu fikirdedir. Cezalandırılabilme şartları, cezalandırılabilme umumî unsurunun bir ön - şartıdır. Bu şart olmadan suçun teşekkül edememesi, bu umumî unsurun mevcut olmamasındandır [78].

Cezalandırılabilmeyi açıkça unsur saymadıkları halde vasıf olarak kabul eden ve cezalandırılabilme şartlarını bu vasfa bağlıyan müellifleri de bu grupta saymak mümkündür. Meselâ v. Liszt [79] ve v. Hippel [80] bu şartları, umumî vasfın bir şartı olarak ele almışlardır.

Bu şartların tipik fiile ve hukuka aykırılığa yabancı olduğunu, fakat bu şartlar tahakkuk etmeden cezalandırılabilme olmadığından suçun da mevcut bulunmadığını kabul eden Ranieri [81], cezalandırılabilme şartlarının cezalandırılabilme vasfının tahakkuku için hukukî nizamın kabul ettiği neticeler olduğunu söyliyen Alimena [82] ve Musotto [83]'yu da keza bu grupta saymak lâzımdır.

---

[76] BELING: *Lie Lehre vom Verbrechen*, s. 5 (Contieri'den naklen: *Lo stato di necessità*, s. 114).

[77] SAUER: *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, s. 355, 358 (Musotto'dan naklen: *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 54.)

[78] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 209.

[79] V. LISZT: *Traité*, s. 282.

[80] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 208.

[81] RANIERI: *Diritto penale*, s. 138.

[82] ALIMENA: *Illiceità obietiva e punibilità*. Rivista Italiano di Diritto Penale, 1935, s. 713 (Musotto'dan naklen: *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 187).

[83] MUSOTTO: *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 185.

Cezalandırılabilmeyi bir vasıf sayan Pannain'e göre de, şart tahakkuk etmedikçe, cezalandırılabilme bahis mevzuu olamaz. Cezalandırılabilme şartı bu itibarla suçun esaslı bir unsurudur, fakat kurucu unsuru değildir. Bu müellif esaslı unsurlarla kurucu unsurlar arasında fark gözetmekte, fiilin unsurlarını kurucu, suçun unsurlarını esaslı diye tavsif etmektedir. Müellif diyor ki, bir ferdin mevcudiyeti için bazı uzuvlar esaslıdır. Hayat için oksijen de esaslıdır, fakat oksijen uzuv değildir. Bunun gibi fiile yabancı olan cezalandırılabilme şartı da kurucu unsur değildir, fakat esaslı unsurdur [84].

136 — Kanaatimiz.

Cezalandırılabilme şartlarının mahiyetini tayin hususundaki münakaşalar, bu şartların tâbi olduğu hükümlerin müelliflerce farklı olarak kabul edilmesinden doğmuş, unsurun bazılarınca vasıf, bazılarınca cüzü' mânasına alınması da ihtilâfı arttırmaktan başka bir işe yaramamıştır.

Kanaatimizce, cezalandırılabilme şartları müstakil bir varlıktır. Bunlar tahakkuk etmeden suç teşekkül etmiş sayılmaz. Bu şartlar, cezalandırılabilme umumî unsurunun şartlarıdır, onun şarta bağlanmış bir şeklidir.

I. *Cezalandırılabilme şartları müstakil bir varlıktır.* Bunların mevcudiyetini inkâr etmeğe, kanaatimizce, imkân yoktur. Bu müessese; ilerde göreceğimiz gibi (n. 153) diğer unsurlardan ve bilhassa suç unsuru - neticeden farklı hükümlerle tanzim edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla müstakil mevcudiyetinin tanınması, sistematik bakımdan zarurîdir.

II. *Cezalandırılabilme şartları tahakkuk etmeden suç teşekkül etmiş sayılmaz.*

a) Suçun teşekkülüne üçüncü şahısların elinde olan ve faile yabancı bulunan hâdiselerin tesir etmesinin kabul olunamıyacağı itirazını (n. 132) yersiz bulmaktayız. İleride göreceğimiz gibi, biz, şart - netice ile failin hareketi arasında bir sebebiyet münasebetinin mevcudiyetini kabul ettiğimiz için (n. 145), bu itirazı varid görmemekteyiz.

b) Şartın tahakkukuna sadece ceza tatbikinin talik edilmiş olduğu, şartın tahakkukundan önce de fiilin cezalandırılabilir olduğu iddiasını (n. 132) da kabul etmiyoruz. Ceza tatbikinin talik edilmiş olması için suçun teşekkül etmesi lâzımdır. Suçun teşekkül etmesi için de cezalan-

---

[84] PANNAIN ; *Manuale,* s. 264.

dırılabilme unsurunun (n. 122, IV) mevcudiyeti lâzımdır. Bu unsurun mevcudiyeti bir şarta talik edilmiş ise, bu şart tahakkuk etmeden bu unsurun mevcut olduğu söylenemez. Bir unsuru eksik olan suça da ceza tatbik edilemez ki, bunun taliki bahis mevzuu olabilsin.

c) Objektif ve sübjektif unsurların yokluğu ile, cezalandırılabilmenin yokluğunu ayırdetmek için cezalandırılabilme şartlarının tamamlanmış suçun dışında kalmış olması da (n. 132) kanaatimizce kabul olunmamak lâzımdır. Filhakika bu iddia, suçun objektif ve sübjektif unsurlardan terekküp ettiği, esasından hareket etmekte, suç ile fiili bir tutmakta, hülâsa mücerret suçu değil, müşahhas suçu nazara almaktadır. Suç nazariyesinde bahis mevzuu olanın mücerret suç olduğu ve unsura geniş mâna verdiğimiz gözönünde tutulursa, cezalandırılabilme unsurunun yokluğunu izah için, suçun bir unsur olmadan da tamamlandığını kabule hacet kalmadığı tezahür eder.

d) Biz cezalandırılabilmeyi mücerret suçun bir unsuru olarak kabul etmiş bulunuyoruz (n. 122, IV). Şart tahakkuk etmedikçe de cezalandırılabilme unsurunun mevcut olduğu söylenemez. Şart tahakkuk etmeli ki, bu unsurun mevcudiyeti anlaşılsın. Böylece bir unsurun mevcudiyeti bilinmediği için, suç da teşekkül etmiş sayılamaz.

Suçun teşekkül edip etmemesi bahis mevzuu olduğuna göre de, cezalandırılabilme şartlarının yerinin, ceza nazariyesi değil, suç nazariyesi olduğu kanaatindeyiz.

III. *Cezalndırılabilme şartları, cezalandırılabilme umumî unsurunun şarta bağlanmış bir şeklidir.* Her ne kadar bu şartar ancak bazı suçlarda mevcut ise de, bundan cezalandırılabilme şartlarının hususî bir unsur olduğu mânası çıkarılmamak lâzımdır. Unsur olarak cezalandırılabilmenin tahakkukuna bağlandığı neticeyi nazara alanların böyle bir mâna çıkarmaları mantıkîdir. Bilâkis bir taraftan cezalandırılabilmeyi, diğer taraftan cezalandırılabilme şartlarını müstakil iki umumî unsur telâkki eden Beling'in fikrinde (n. 134) isabet göremiyoruz. Cezalandırılabilme şartları her suçta yoktur ki, müstakil umumî bir unsur sayılabilsin. Şart-netice müstakil unsurunun hususî unsur olduğu neticesi mantıkî olmakla beraber böyle düşünenlerin hareket noktaları, yâni şart - neticenin unsur sayılması hatalı olduğu için vardıkları nokta da hatalıdır. Cezalandırılabilmesi şarta bağlanmış olan suçlarda, bu şart - netice tahakkuk etmedikçe suç teşekkül etmemekte ve bu itibarla şart - netice müstakil hususî bir unsur gibi görünmekte ise de, yakından bakılırsa bu şart - neticenin müstakil bir unsur olmadığı, cezalandırılabilme umumî unsu-

runun şarta bağlanmış bir şekli olduğu anlaşılır. Filhakika, bazı suçlarda bu unsur kayıtsız şartsız mevcuttur. Bazı suçlarda ise bazı şartlara bağlı tutulmuştur. Bütün mesele, bundan ibarettir. Şarta tâbi tutmanın sebebi ise, kanun koyucunun fiili cezalandırma hususunda tereddüde düşmüş olmasıdır. Filhakika bir fiilin suç sayılması, ceza müeyyidesi altına konulması, bazı menfaatlerin himayesi için cezaya lüzum görülmesi demektir. Bu menfaatlerin ihlâli, cemiyet düzeni bakımından o kadar ağır, yâni zararlı, bir diğer söyleyişle cemiyete aykırı telâkki edilmelidir ki, karşılığında ceza denilen müeyyideler konulmasına lüzum duyulsun. Şu halde mesele menfaat ihlâlinin ağırlığı ve zararlılığı meselesidir. Menfaat ihlâlinin ağırlığı bazan tereddüde meydan vermez. Kanun koyucu filân netice husule geldiği zaman bu ihlâli, cezayı gerektirecek kadar ağır ve zararlı bulur. Bu hal, cezalandırılabilmenin şarta bağlanmadığı haldir. Bazan menfaat ihlâlinin ağırlığı, yani zararlılığı hususunda kanun koyucu tereddüde düşer. Karar veremiyen orta hakemi gibi yan hakemine müracaat eder. Zararlılığın, fiilin cezalandırılabilmesini gerektirecek derecede olup olmadığına kani olmak için, suçun neticesinden başka bir diğer neticenin husule gelip gelmediğine bakar. Korkulan ve şart koşulan zarar veya tehlike neticesi de meydana gelmişse artık tereddüde mahal yoktur. Zararlılık, bir diğer söyleyişle cemiyete aykırılık cezalandırılabilmeyi gerektirecek derecede demektir. Grispigni, cezalandırılabilmenin şarta bağlanmasını üç sebeple izah etmektedir [85]: Bu sebeplerden birincisi, hareketin yahun önceki neticenin mahiyetini izah etmektir. İkinci sebep, bir kimsenin neticeden kusuru olmadan da sorumlu tutulabileceğini göstermektedir. Nihayet üçüncü sebep de bu suçlarda teşebbüsün bahis mevzuu olamıyacağını belirtmektir. Biz, fiilin zararlılığı hakkında kanun koyucunun tereddüdü ile birinci sebebi ifade etmiş olmaktayız. Diğer iki sebep, bizce, cezalandırılabilme şartlarının neticelerinden ibarettir. Bu şartların mevcudiyet sebebi olarak gösterilmelerine bu bakımdan iştirak edememekteyiz.

Bu vesile ile, cezalandırılabilme unsuru şarta bağlanmış olan suçlara (şarta bağlı suçlar) denmesini, hatalı değil, fakat uygun bulmadığımızı belirtmek isteriz. Battaglini [86]ve Florian [87]'ın, şartın tahakkukundan önce suç mevcut olmıyacağı mülâhazasiyle bu tâbiri reddetmelerini doğru bulmuyoruz. Zira suç bizce netice ânında tamamlanmıştır (n. 151), fakat şart tahakkuk etmeden ortada suç olup olmadığı belli

[85] GRISPIGNI: *Diritto penale*, c. II, s. 17, not 18.

[86] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 210.

[87] FLORIAN : *Trattaro*, c. I, s. 401.

değildir. Bu tâbir, ancak şart tahakkuk ettikten sonra bir kıymet ifade edebilecektir. Fakat şartın tahakkuk etmemesi de mümkündür. Bu sebeple ve hangi unsurun şarta bağlandığını belirtmesi bakımından, biz *cezalandırılabilmesi şarta bağlanmış suç* tâbirini tercih etmekteyiz. Ayni mülâhazalarla *cezalandırılabilme şartı* yerine suç şartı denilmesini de uygun bulmamaktayız.

4. §

CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI İLE FAİL ARASINDAKİ RUHÎ ALÂKA

137 — Cezalandırılabilme şartları ile fail arasındaki ruhî alâka meselesi, 138 — Cezalandırılabilme şartlarının objektif bakımdan mevcudiyeti ile iktifa olunacağı telâkkisi, 139 — Cezalandırılabilme şartlarının sübjektif bakımdan mevcut olamıyacağı telâkkisi, 140 — Kanaatimiz.

137 — Cezalandırılabilme şartları ile fail arasındaki ruhî alâka meselesi.

Hukuka aykırılıkta olduğu gibi, şarta bağlı cezalandırılabilmede de biri mahiyet, diğeri mevcudiyet diye ifade edebileceğimiz iki mesele ile karşılaşılmaktadır. Mahiyet meselesi, cezalandırılabilme şartlarının kusurluluk unsuriyle alâkası meselesidir. Şartların tahakkuk etmiş sayılması için failin bunları istemesinin zarurî olup olmadığı da mevcudiyet meselesini meydana getirmektedir. Ehemmiyetine binaen hukuka aykırılıkta ayrı ayrı ele aldığımız bu meseleleri, cezalandırılabilme şartları bahsinde, aralarındaki yakın alâkayı gözönünde tutarak herkes gibi, birlikte tetkik edecek ve cezalandırılabilme şartları ile fail arasındaki ruhî alâkanın bulunup bulunmadığı meselesi olarak ifade eyliyeceğiz. Filhakika mevcudiyet meselesinde, kaide olarak, yalnız objektif mevcudiyetiyle veya yalnız sübjektif mevcudiyetiyle iktifa edilip edilmiyeceği noktaları ele alınır. Halbuki cezalandırılabilme şartlarının objektif olarak tahakkuku şart olduğuna göre sübjektif mevcudiyetle iktifaya taallûk eden bir mesele, cezalandırılabilme şartının mefruz tahakkuku meselesi mevcut değildir. Geriye objektif mevcudiyetle iktifa meselesi kalmaktadır. Bu da ,sübjektif mevcudiyetin, yâni fail ile netice arasındaki ruhî alâkanın lüzum ve imkânı meselesi olarak ifade edilebilir. Failin şart - neticeyi istemesini kasda dahil addedenler, bu meseleyi, kusurluluk meselesi olarak ele almışlardır. Biz kusurluluğu yalnız maddî unsurlar ve

bilhassa unsur - netice ile fail arasındaki ruhî alâka diye anladığımız için, şart - netice ile fail arasındaki ruhî alâkanın araştırılmasını müstakil bir mesele olarak kabul etmiş bulunuyoruz.

Bu meselenin üç hal şekli düşünülebilir. Alâka ya vardır, ya yoktur, yahut olup olmamasının ehemmiyeti yoktur. Vardır diyen, yâni cezalandırılabilme şartlarının fail tarafından mutlaka bilinmesini zarurî gören olmamıştır. Şu halde meseleyi halletmek istiyenlerin görüşlerini iki grupta toplamak mümkün olacaktır : ya bu şartların objektif mevcudiyetiyle iktifa olunmaktadır, yahut sübjektif bakımdan mevcudiyete asla imkân görülememektedir.

138. — Cezalandırılabilme şartlarının objektif bakımdan mevcudiyetiyle iktifa olunacağı telâkkisi.

Cezalandırılabilme şartları ile suçlu arasında ruhî alâka olup olmadığını araştıran müelliflerin bir kısmına göre, böyle bir alâka yoktur. Bir diğer söyleyişle bu şartların yalnız objektif bakımdan mevcudiyetle iktifa olunur. Sübjektif mevcudiyet araştırılmaz, mevcudiyeti görülse dahi ehemmiyet verilmez. Alman doktrininin, Ceza Kanunlarının 59 uncu maddesindeki, failin kanunî tipe taallûk eden hali bilmesi lüzumunu belirten hükmünün bir istisnası olarak cezalandırılabilme şartları mefhumunu ortaya attığı (n. 129) hatırlanırsa, bu neticeye varmayı mantıkî görmek lâzımdır. Bu şartların objektif diye sınıflandırılması da bu yüzdendir.

Beling, ceza tehdidi şartları adını verdiği bu şartların, failin kusurluluğunda dahil olmadığını açıkça söylemektedir [88]. Keza von Liszt de cezalandırılabilme şartlarının, hukuka aykırı hareketten müstakil olması sebebiyle kusurluluk unsuriyle alâkası olmadığını tasrih etmiştir [89]. Mezger'e göre ise cezalandırılabilme objektif şartlarının bilinmesine kast için lüzum yoktur [90]. Von Hippel, cezalandırılabilme objektif şartları bakımından, tahakkuk etmesi ve fail tarafından derpiş olunması gereken suç muhtevasının haricinde kalmaları sebebiyle, kusurluluk aranmadığını söylemektedir [99]. Rittler'e göre de suç hareketinin cemiyete aykırılığına ve takbih edilirliğine tesir etmemesi sebebiyle fii-

---

[88] BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, s. 51, 201, (Mezger'den naklen: *Diritto penale*, s. 197; keza Musotto: *Le condizioni..*, s. 177).

[89] V. LİSZT: *Traité*, s. 282.

[90] MEZGER: *Diritto penale*, s. 198, 328.

[91] V. HIPPEL: *Manuale*, s. 208.

lin dışında kaldığı için dir ki, cezalandırılabilme şartları için bir kusur alâkası aranmamaktadır [92].

1889 kanunu zamanında İtalyada ilk defa cezalandırılabilme şartlarını tetkik eden Manzini, meseleyi bu zaviyeden ele almamıştı. Cezalandırılabilme objektif şartları 1930 kanuniyle ilk defa bu memleketin mevzuatına girdiği zaman ise, evvelce gördüğümüz gibi (n. 129), meselenin yalnız bu cephesi halledilmiş ve şart - neticenin istenmiş olması lüzumu aranmıyarak bu şartlar ile fail arasında ruhî bir alâkanın olmıyabileceği hususunun açıklanması ile iktifa olunmuştur. Bu, andan itibaren, müessesenin aleyhinde olan Florian gibileri de dahil olmak üzere, müelliflerin bu noktayı belirttikleri müşahede olunmaktadır.

Battaglini, cezalandırılabilme unsurunun bir önşartı olarak kabul ettiği cezalandırılabilme şartlarının hususiyetleri arasında kusurluluk meselesiyle münasebeti olmamasını da saymaktadır [93]. Carnelutti'ye göre, suç kurucu şartlarının dahilî kısmını teşkil eden cezalandırılabilme şartları, bir netitedir. Fakat şart olarak kabul edilen netice (evento condizionante) ile şarta bağlanmış netice (evento condizionato) arasındaki fark kasdın sadece birincilere taallûk etmesinden ibarettir. Bir diğer söyleyişle suçun teşekkülü için şart - neticenin failin gayesine uyması veya failin derpiş edebilmesi lâzım değildir [94]. Pergola da şartların, failin hareketinin dışında olduğunu, yâni cezalandırılabilmenin sübjektif şartı olan iradîliğin burada tatbik edilmiyeceğini belirtmektedir [95].

Pannain de şöyle demektedir [96] : Failin şart - neticeyi istemiş olabilmesi, bu netice ile fail arasında mânevî sebebiyet alâkası vardır, demek değildir. Bu hal, sadece, suç bünyesi dışında kalan bir olayın, bazan suçun icrasına taallûk eden iradî faaliyetten başka bir iradî faaliyete bağlı olmasının mümkün olabileceğini ifade eder. Vannini de cezalandırılabilme şartının objektif olmamasının mümkün olduğunu söylemekle bu fikri ifade etmek istemiş ve intihara teşvik suçundaki (CK 454) ölüm neticesini misal olarak göstermiş, netice olarak da şart-neticede hâtanın tesiri olmıyacağını belirtmiştir [97]. Sabatini'ye göre de ,şart sayılan neticenin istenmesinin veya istenmemesinin ehemmiyeti

---

[92] RITTLER: *Strafbarkeitsbedingungen.* Frank - Festgabe. c. II, s. 12, (Musotto'dan naklen: *Le condizioni obiettive di punibilità,* s. 177, not 1).

[93] BATTAGLINI : *Diritto penale,* s. 211.

[94] CARNELUTTI: *Lezioni,* s. 229.

[95] PERGOLA: *Il reato,* s. 352.

[96] PANNAIN: *Manuale,* s. 272.

[97] VANNINI: *Manuale,* s. 67.

yoktur. İtalyan Kanununda (fail istememiş olsa dahi) denilmekle bu kastedilmiştir. Maamafih bu müellife göre bu bakımdan bir sarahat zaittir. Cezalandırılabilme şartlarının mahiyeti zaten bunu icap ettirdi [98]. Jannitti Piromallo ayni fikri, cezalandırılabilme şartlarının objektif ve sübjektif olabileceğini söylemek [99] suretiyle ifade etmiştir. En nihayet Ranieri, cürmî irade bakımından tesirsizliğin, yâni şartın istenmiş veya istenmemiş olabilmesinin cezalandırılabilme objektif şartlarının vasıflarından biri olarak saymaktadır [100]. Musotto da fail tarafından istenebilen objektif şartların mevcut olduğunu, bu şartların tamamen kanun koyucunun iradesine göre, yâni şeklen fiile yabancı olduğunu, hakikatte yabancı olmıyabileceğini söylemektedir [101].

139 — Cezalandırılabilme şartlarının sübjektif bakımdan mevcut olamıyacağı telâkkisi.

Cezalandırılabilme şartlarının yalnız objektif mevcudiyeti ile iktifa edenler sübjektif mevcudiyetin de mümkün olabileceğini kabul ettikleri halde, bir kısım müellifler bu şartların sübjektif mevcudiyetinin hiç bir zaman bahis mevzuu olamıyacağı fikrindedirler. Bu fikirde olanlara göre, failin bir neticeyi istemiş olması, o neticenin cezalandırılabilme şartı sayılmasına manidir.

Meselâ De Mersico'ya göre, bu şartların istenmemesi, mânevî sebebiyet alâkası dışında kalması zarurîdir. Aksi takdirde objektif diye vasıflandırılamazlar. Cezalandırılabilme objektif şartlarının hakikî mefhumunun bunu icap ettirdiğini iddia eden müellif, İtalyan Kanununun aksini kabul etmekle bu mefhumu ihlâl ettiğini söylemektedir [102].

Delitala [103], Bettiol [104] ve Maggiore [105] de cezalandırılabilme şartlarının beşerî hareket ile her türlü, yâni maddî ve mânevî, illiyet münasebetlerinin dışında kalmasını zarurî bulmakta, aksi takdirde cezalandırılabilme şartı değil, suç unsuru - netice bahis mevzuu olacağını söylemektedirler.

[98] SABATINI: *Istituzioni*, c. I, s. 256.

[99] JANNITTI PIROMALLO: *Corso*, s. 122.

[100] RANIERI: *Diritto penale*, s. 139.

[101] MUSOTTO: *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 181.

[102] DE MARSICO: *Lezioni*, s. 299 (Pannain'den naklen: *Manuale*, s. 271).

[103] DELITALA: *Il fatto nella teoria generale del reato*, s. 73 (Bettiol'dan naklen: *Diritto penale*, s. 141).

[104] BETTIOL: *Diritto penale*, s. 141.

[105] MAGGIORE: *Diritto penale*, s. 211.

Mirto da bu fikirdedir. Bu müellife göre eğer netice istenmiş ise, mesuliyet hakkındaki umumî hükümler tatbik olunacaktır (yâni bu netice, unsur - netice addedilmektedir), eğer netice istenmemiş ise bu takdirde 44 üncü maddede yazılı cezalandırılabilme şartları hakkındaki istisnaî hükümlerin tatbiki lâzımdır [106]. Altavilla da cezalandırılabilme şartlarının, dahilî esaslı unsurlardan farklı olarak olayın iradî surette yaratılmasiyle hiç bir suretle alâkası olmadığını söylemekte ve İtalyan Kanununun 44 üncü maddesinde «istenmese dahi» tâbirini tenkit ederek «istenmemesine rağmen» denilmesinin daha uygun olacağını ilâve eylemektedir [107].

140 — Kanaatimiz.

I. Biz de, büyük ekseriyetle (n. 138) birlikte, cezalandırılabilme şartları ile fail arasındaki ruhî alâkanın, hukukan ehemmiyeti bulunmadığına kani bulunuyoruz. Bir diğer söyleyişle, fail, şartları teşkil eden neticeyi istesin veya istemesin, derpiş edebilsin veya edemesin, başka bir suç neticesini istemiş olsun veya olmasın, neticenin objektif bakımdan tahakkuku zarurî ve kâfidir. Kanun koyucuların bazı suçlarda, (şayet, eğer) gibi şart ifade eden tâbirlerle, asıl suç neticesinden başka neticelerin de tahakkukunu istemesi ve bu neticelerin asıl suç neticesi sayılmaması ancak bu şekilde izah olunabilir.

Fikrimizi açıklıyalım : Kanun koyucu şart - netice ile unsur - netice arasında yalnız objektif bakımdan mevcudiyetin zarurî olup olmaması hususunda bir fark gözetmek istemiştir. Şart - neticenin objektif olarak mevcudiyeti, cezalandırılabilme unsurunun mevcudiyetinin anlaşılması için zarurîdir. Halbuki unsur - neticenin objektif olarak tahakkuk etmemesi mümkündür. Bu takdirde belli suç yine teşekkül etmiştir. Suçun teşebbüs halinde kalması, cezasının azaltılarak verilmesi, suçun mevcudiyetiyle alâkalı değildir. Nitekim teşebbüsü kabul etmiyenler, cezayı bu halde de tam vermek istiyenler vardır ve bu fikir ve arzular kanunlarda dahi yer almıştır. Hülâsa, cezalandırılabilmenin bir neticenin tahakkuku şartına bağlanmış olması, bu şart - neticenin objektif olarak tahakkukunu zarurî kılmaktadır.

Kanun koyucunun yalnız objektif bakımdan mevcudiyeti nazara almasından, sübjektif bakımdan mevcudiyetin tesirsiz olduğu neticesi çık-

[106] MIRTO : *Nozione di coidizione obiettiva di punibilità e gli art. 44 e 158 del Codice Penale,* Il Pensiero Giuridico - Penale, sene VI, fasc. I, s. 305 (Musotto'dan naklen : *Le condizioni obiettive di punibilité,* s. 72).

[107] ALTAVILLA : *Lineamenti,* s. 79; *Teoria,* s. 228.

maktadır. Filhakika, evvelce de gördüğümüz gibi (n. 136, III), fiilin cezalandırılabilip cezalandırılamamasında tereddüt eden kanun koyucu, cezalandırılabilmeyi fiilin ağırlığını gösteren bir neticenin tahakkuku şartına bağlamıştır. Bu şarta bağlanış, sadece suç neticesinin vahametini, ağırlığını takdir içindir, yoksa failin kusurluluğunu ölçmek için, faille netice arasındaki ruhî alâkaya ehemmiyet verildiği için değildir. Eğer faille netice arasındaki ruhî alâkaya kusurluluğun üç şeklinden biri ile, yâni kast, taksir ve başka kast (preterinterizione) şekillerinde ehemmiyet verilmiş ise, bu alâkanın arandığı yerlerde, zaten suç unsuru - netice var demektir, cezalandırılabilme şartı bahis mevzuu değildir. Cezalandırılabilme şartı bahis mevzuu olabilmek için, şart - netice ile fail arasındaki isteme, derpiş etmeme, başka suç neticesini isteme gibi bir ruhî alâkanın başka normlar tarafından ayrıca nazara alınmaması icap eder. Meselâ ölüm neticesini ele alalım. Ölüm neticesinin istenmesi adam öldürme suçunda (CK 448) derpiş edilmiştir. Burada ruhî alâka, suç neticesini isteme (= cürmî kast) şeklinde görülmektedir Keza, kasden adam öldürmenin hususî ve hafif bir şekli olan intihara ikna ve yardım suretiyle adam öldürme suçunda da (CK 454) fail, ölüm neticesini istemektedir. Burada da ruhî alâka cürmî kast şeklinde tezahür etmektedir. Müessir fiil kasdiyle ölüme sebebiyet suçunda (CK. 452) ise, ölüm neticesi ile fail arasındaki ruhî alâka başka suç neticesini isteme (= başka suç kasdi = preterintenzione) olarak nazara alınmış bulunmaktadır. Keza gebe sanılan kadının çocuğunu düşürtmeğe çalışmak suretiyle kadının ölümüne sebebiyet suçunda (CK 470) da fail başka suç neticesi istemiştir. Bir de failin ne o, ne de başka suç neticesini istemesi, fakat bahis mevzuu neticeyi derpiş edememesi hali olan taksrin de taksirle adam öldürme suçunda (CK 455) nazara alındığı görülmektedir. Şu halde ölüm neticesinin cezalandırılabilme şartı olabilmesi ancak faille bu netice arasında ruhî alâka olmaması halinde mümkün olabilecektir. Zarar neticesini ele alalım. İzrar suçunda (CK 516) zarar neticesinin istenilmesi derpiş edilmiştir. Bu itibarla mektup ve telgrafların neşir ve işaası suçunda (CK 197) ki zarar şart - neticesi kasdî olamıyacaktır. Buna mukabil resmî varakada sahtekârlık suçundaki zarar şart - neticesinin istenmesi mümkündür. Zira, ızrar suçu bu mürekkep suçun bir unsurunu teşkil edecektir. Taksir ve başka kast halleri zarar neticesi için zaten bahis mevzuu değildir. O halde şart - neticesinde bazan her türlü, bazan belli çeşit ruhî alâka olabileceği gibi hiç bir ruhî alâka bulunmaması da mümkündür. Böylece, her cezalandırılabilmede hangi ruhî alâkanın bulunabileceğini, hangi ruhî alâkanın bulunamıyacağını araştırmak lâzımdır. Umumî bir kaide koymağa imkân yoktur.

Hülâsa, cezalandırılabilme şartları netice ile fail arasındaki ruhî alâkanın tesirsiz olduğu hallerde yâni ya bu alâkanın bulunmaması, yahut bulunsa da başka normlar tarafından başka suçun unsurları olarak derpiş edilmemiş olması hallerinde bahis mevzuu olabilir. Bu sebeplerle, cezalandırılabilme şartlarının objektif mahiyetinin, bunların fail tarafından istenmesinin ceza vermeyi gerektirdiği veya ruhî alâkanın asla bulunmamasını icap ettirdiği fikrine (n. 139) iştirak edemiyoruz. Fail ile netice arasında alâka bulunması, objektifliğin zarurî bulunmasına mani değildir. Zarurî olmak başkadır, kâfi olmak yine başkadır. Bir diğer söyleyişle burada objektif olmak, sübjektif olmamak demek değil, muhakkak objektif olmak, sübjektif olan ruhî alâkanın tesiri bulunmamak demektir.

II. Cezalandırılabilme şartları ile fail arasındaki ruhî alâkanın cezalandırılabilme şartları bakımından tesirsiz olmasından çıkan bazı neticelere işaret etmekle iktifa edelim :

1) Şart - neticenin objektif olarak tahakkuku zarurî olduğuna göre failin şart - neticeyi tahakkuk etmiş sanmasının ve bunun kendi aleyhine tesir edeceği yolundaki hatasının ehemmiyeti yoktur.

2) Tahakkuk etmiş olan neticenin fail tarafından tahakkuk etmemiş sanılmasının veya zaten fiilin cezalandırılabilmesinin şarta bağlandığının bilinmemesinin de tesiri yoktur. Hata burada suçun maddî unsurlarından birine taallûk etmediğinden, fail lehine tesir kabul edilmiyecektir.

5. §

CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI İLE HAREKET ARASINDAKİ SEBEBİYET ALÂKASI

141 — Cezalandırılabilme şartları ile hareket arasındaki sebebiyet alâkası meselesi, 142 — Sebebiyet alâkasının bulunmamasının zarurî olduğu telâkkisi, 143 — Sebebiyet alâkasının bulunmasının zarurî olmadığı telâkkisi, 144 — Sebebiyet alâkasının bulunmasının zarurî olduğu telâkkisi, 145 — Kanaatimiz.

141 — Cezalandırılabilme şartları ile hareket arasındaki sebebiyet alâkası meselesi.

Belli bir suçun cezalandırılabilmesi için tahakkuku şart koşulan neticeye, failin suç maddî unsurlarından birini teşkil eden hareketinin sebep olması lâzım gelip gelmiyeceği meselesi de doktrinde münakaşalara

yol açmıştır. Bu mesele, şart - netice ile unsur - netice arasında bir fark aramak ihtiyacından doğmuştur. Sübjektif bakımdan mevcudiyetin zarurî olmaması farkını kabul etmiyenler veya bu farkla iktifa etmiyenler, sebebiyet alâkası [108] mevcudiyeti bakımından da bir fark görmek istemişlerdir. Sebebiyet alâkası bakımından üç ihtimal bahis mevzuudur: Ya vardır, ya yoktur, yahut olup olmamasının tesiri yoktur. Filhakika bazıları yâni yok diyenler cezalandırılabilme şartları ile failin hareketi arasında sebebiyet alâkasının bulunmamasını zarurî görmekte, buna mukabil bazıları yâni tesirsiz diyenler ise böyle bir alâkanın bulunmasını zarurî addetmemektedir. Var diyenlerin kabul ettikleri bir üçüncü fikir ise, sebebiyet alâkasının bulunmasının zarurî olduğu merkezindedir.

142 — Sebebiyet alâkasının bulunmamasının zarurî olduğu telâkkisi.

Unsur - neticeler ile şart - neticeler arasında sebebiyet alâkası bakımından bir fark olduğunu kabul edenlerden bazıları, sebebiyet alâkasının birincilerde bulunmasının, ikincilerde bulunmamasının zarurî olduğu kanaatindedirler.

Şart - neticeleri haricî diye tavsif eden Alman doktrininde bu tez taraftarlarının başında gelen von Liszt, cezalandırılabilme şartlarının hukuka aykırı hareketten müstakil olduğunu söylemekle [109] bunu ifade etmek istemiştir. Şartları failin elinde olan ve olmıyan diye ikiye ayıran ve birincilere kanunî tipin mütemmimleri (Tatbestandskomplemente), ikincilere şart (Bedingungen) adını veren Blume da bu fikirdedir [110].

---

[108] Hareket ile netice arasındaki bu sebebiyet alâkasına, ekseriya, maddî sebebiyet alâkası denilmektedir. Bu suretle tavsif, mânevi sebebiyet alâkasiyle bir mukayeseden ileri gelmektedir. Daha doğrusu burada sebebiyet (causalité), isnat edilebilme (imputabilité) mânesına alınmaktadır. Mânevi isnat edilebilme, hareketin fail hesabına bir kusur olarak kaydedilmesidir. Hareket ile fail arasındaki bir münasebettir. Maddî isnat edilebilme, neticenin harekete ve dolayısiyle hareketi yapan şahıs hesabına kaydedilmesidir. Biz Carnelutti (*Lezioni*, s. 192)'ye hak vermekte ve bu iki mefhumun aynî isimle adlandırılmasını doğru bulmamaktayız. Mânevi denilen isnat edilebilmede yâni hareketin fail hesabına kusur kaydedilmesinde sebebiyet münasebeti yoktur. Şu halde hareket ile netice arasındaki münasebete sadece (sebebiyet münasebti) demek kâfidir. Kusur mevcudiyeti meselesinin kusurluluk diye ifade edilmesini tercih ettiğimizi söylemiş bulunuyoruz (n. 30).

[109] V. LISZT: *Traité*, s. 282.

[110] BLUME: *Tatbestandskomplemente*. Strafrechtliche Abhandlungen, 1906, fas. 73, s. 16 (Mezger'den naklen: *Diritto penale*, s. 199, not 1).

İtalyada da bu fikrin bir hayli taraftarları vardır. Riccio [111], Sabatini [112], Pannain [113], Delitala [114], De Marsico [115] ve Maggiore [116], cezalandırılabilme şartından bahsolunabilmek için sebebiyet alâkasının mevcut olmaması gerektiğini, aksi takdirde unsur - netice ile şart - netice arasında fark kalmıyacağını söylemektedirler. Bettiol da, eğer sebebiyet alâkası varsa, şart değil, kurucu unsur olan netice bahis mevzuudur, demekte ve yakın akraba arasındaki cinsî münasebet suçunda umumî skandal mevcudiyetinin şart olarak kabul edilemiyeceğini söylemektedir [117]. Keza Ranieri de, şartın bazan failin hareketinin neticesi olması, sebebiyet münasebetinin mevcudiyetine delil olmıyacağı, zira bu hareketin suç unsuru olan hareketten başka olduğu fikrindedir [118]. Cezalandırılabilme şartlarının fiile yabancı olduğunu ve üçüncü şahıslara bağlı bulunduğunu ve bunlardan farklı olan unsur - neticelerin istiyerek veya istemiyerek failin hareketi tarafından meydana getirildiğini söyliyen [119] Grispigni'yi de bu grupta saymak mümkündür.

143 — Sebebiyet alâkasının bulunmasının zarurî olmadığı telâkkisi.

Unsur - netice ile şart - netice arasında sebebiyet alâkası bakımından bir fark olduğunu kabul edenlerden bazıları da bu farkı şu şekilde izah ederler : Birincilerde sebebiyet alâkası bulunması zarurîdir, ikincilerde değildir.

Meselâ von Hippel cezalandırılabilme şartları bakımından sebebiyet alâkası zarurî olmadığını açıkça söylemektedir [120]. Battaglini, bazı neticelerin harekete sebebiyet alâkası ile bağlı olmasının, onların cezalandırılabilme şartı sayılmasına mani olmıyacağını söylemekle bunu ifade

---

[111] RICCIO : *Le condizioni di punibilità,* Scritti teorici - pratici sulla nuova legislazione penale, 1932, c. I, s. 89 (Musotto'dan naklen : *Le condizioni...,* s. 70, not 1).

[112] SABATINI : *Istituzioni,* c. I, s. 252, n. 165.

[113] PANNAIN : *Manuala,* s. 270.

[114] DELITALA : *Il fatto nella teoria generale del reato,* s. 73 (Antolisei'den naklen : *Manuale,* s. 382).

[115] DE MARSICO : *Lezioni,* s. 299 (Pannain'den naklen : *Manuale,* s. 270).

[116] MAGGIORE : *Diritto penale,* c. I, s. 210.

[117] BETTIOL : *Diritto penale,* s. 141.

[118] RANIERI : *Diritto penale,* s. 140.

[119] GRISPIGNI : *Diritto penale,* c. II, s. 17.

[120] V. HIPPEL : *Manuale,* s. 208.

etmek istemekte ve yakın akraba arasındaki cinsî münasebet suçunda umumî skandal çıkması şartını misal getirmektedir [121].

Antolisei de şartın fiilden, sebebiyet bakımından, tamamen müstakil olmasının zarurî olmadığı fikrindedir [122]. F. Alimena da bu kanaattedir ve misal olarak, frengi ve belsoğukluğunu başkasına geçirme suçunda, hastalığın hakikaten geçmiş olması şartını göstermektedir [123]. Musotto da, unsur - netice ile hareket arasında sebebiyet alâkası zarurîdir, şart - neticede ise bu zaruret yoktur, kanun böyle bir münasebeti şart koşmamıştır. Şart - netice ile hareket arasındaki sebebiyet münasebeti bir zaruret değil, bir ihtimal ifade eder. Kanun bu ihtimale ehemmiyet vermediği için hâkim de bu münasebeti araştırmıyacaktır, demektedir [124].

144 — Sebebiyet alâkasının bulunmasının zarurî olduğu telâkkisi.

Bir kısım müelliflere göre de, cezalandırılabilme şartı sayılan netice ile suç unsurlarından olan netice arasında sebebiyet alâkası bakımından bir fark mevcut değildir. Bir diğer söyleyişle, cezalandırılabilme şartları ile failin suç unsurlarından olan hareketi arasında sebebiyet alâkasının bulunması zarurîdir.

Alman doktrininde bu zarureti ileri sürenler arasında Mezger [125]'i zikredebiliriz. Mezger cezalandırılabilme objektif sebeplerinin kanunî tipe sıkı sıkıya bağlı olduğunu, onun bir parçasını teşkil ettiğini söylemekte, sadece kusurluluk bakımından bir fark tanımaktadır.

İtalyada da bu fikrin taraftarları vardır. Bunlara göre şart ile hareket arasında sebebiyet alâkası yoksa, şarttan bahsolunamaz. Meselâ, Carnelutti, suç kurucu şartlarının dahilî kısmını teşkil eden ve kanunun cezalandırılabilme objektif şartı adını verdiği şartlar ile failin hareketi arasında sebebiyet alâkası bulunduğu, kanunî şart sayılan bu neticenin suçun fizik safhasına dahil olduğu fikrindedir. Bir diğer söyleyişle, suçun mevcudiyeti için bu netice, failin hareketinin bir neticesi olmak lâzım ve kâfidir. Aksi takdirde suçtan bahsolunamaz. Müessir sebep nazariyesine taraftar olan bu müellif, şart - netice ile hareket ara-

[121] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 212.

[122] ANTOLISEI : *Manuale*, s. 383.

[123] ALIMENA : *Le condizioni di punibilità*, s. 47 (Pannain'den naklen : *Manuale*, s. 270).

[124] MUSOTTO : *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 23, 70.

[125] MEZGER : *Diritto penale*, s. 199.

sında da müessir sebebiyet alâkası aramakta, gebe sanılan bir kadının çocuğunu düşürtmek için gittiği kimsenin nezdinde, bu maksatla yapılan faaliyeti müteakip çıktıktan sonra otomobil altında kalarak ölmesi misalinde, ölüm neticesi ile hekimin düşürtme faaliyeti arasında sebebiyet alâkası olmadığı için, şartın tahakkuk etmediğini söylemektedir [126]. Saltelli ve Romano Di Falco da cezalandırılabilme şartı neticesine, failin hareketinin sebebiyet vermiş olması lâzım geldiği fikrindedir [127]. Keza Vannini de şart - netice ile unsur - netice arasında bu bakımdan fark görmemektedir [128]. Cezalandırılabilme şartının suçun unsurlarından olduğunu, yalnız kusurlulukle alâkayı hariç tuttuğunu söyleyen [129] Florian da burada sayılmak lâzımdır.

Şart ile hareket arasındaki sebebiyet alâkası bakımından bir tefrik yapan Altavilla'yı da bu grupa sokmak mümkündür. Filhakika bu müellif, cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçları ikiye ayırmaktadır: 1) Harekete yabancı bir olay şartına bağlı suçlarda sebebiyet alâkası yoktur. Hareket, şart denilen olayın sebebi değil, vesilesidir. Suç üstü yakalanma misalinde olduğu gibi. 2) Sebep olunmuş, fakat istenmemiş bir netice şartına bağlı suçlarda ise failin hareketi ile cezalandırılabilme şartı arasında sebebiyet alâkası mevcuttur. Taksirli suçlarda olduğu gibi [130]. Görülüyor ki müellif, sebebiyet yoktur derken, müessir sebebiyeti kasdetmekte, vesile oluşu, sebebiyet saymamaktadır. Biz, şart nazariyesine taraftar olduğumuz için burada da sebebiyet alâkası kabul etmekte ve bu itibarla Altavilla'yı şart ile hareket arasında sebebiyet alâkasını kabul edenler arasında saymaktayız.

145 — Kanaatimiz.

I. Cezalandırılabilme şartlarının failin hareketinden meydana gelmiş olup olmadığı, bir diğer söyleyişle şart - netice ile failin hareketi arasında sebebiyet alâkası bulunup bulunmadığı meselesinin sebebiyet alâkasının mevcudiyeti habkındaki nazariyeler ile yakın ilgisi inkâr olunamaz. Fakat bu ilgiyi bir zaruret münasebeti şeklinde ifade etmek de hatalıdır. Sebebiyet alâkası bulunmamalıdır veya bulunmasının ehemmiyeti yoktur, diyenler tercih nazariyelerini, sebebiyet alâkası bulunma-

---

[126] CARNELUTTI : *Lezioni*, s. 229.

[127] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO : *Commento*, c. I, s. 284.

[128] VANNINI : *Manuale*, s. 124; *Lineamenti*, s. 91.

[129] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 401.

[130] ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 80; *Teoria*, s. 228.

lıdır diyenler de şart nazariyesini kabul ettikleri için bu kanaate varmış değillerdir. Nitekim sebebiyet alâkası bulunmamasının zarurî olduğunu veya bulunmasının tesirsiz olduğunu söyliyenlerin büyük bir kısmının şart nazariyesine taraftar olmaları da göstermektedir ki, bunlar sebebiyet alâkası derken tercih nazariyelerinden birini gözönünde tutmamışlar ve hareketin, şart nazariyesine göre dahi sebep sayılamıyacağı halleri bahis mevzuu etmişlerdir. Bunun içindir ki, bizce, halledilecek mesele, hareket ile netice arasında şart nazariyesine göre dahi sebebiyet alâkası bulunmaması halinde şartın tahakkuk etmiş sayılıp sayılmıyacağıdır.

II. Hareket ile şart arasındaki sebebiyet alâkası, ancak başka bir sebep - netice zincirinin müdahale ederek hareketin dahil olduğu sebep - netice zincirini koparması halinde mevcut değildir. Von Liszt'in pek güzel anlattığı [131] gibi, hareket olmasaydı dahi netice meydana gelecek idiyse, hareket ile netice arasında sebebiyet münasebeti mevcut değildir. Acaba kanun koyucu, bazı suçların cezalandırılmasını şartlara tâbi tutarken, bu cezalandırılabilme şartlarının suçu meydana getiren hareket olmasaydı dahi meydana gelebileceği halleri derpiş etmiş midir? Carnelutti'nin misalini alalım. Gebe sanılan bir kadın üzerinde çocuk düşürmek için yapılan muamelelerden sonra kadının ölmesi veya bedenî zarara uğraması şartiyle faile ceza verilecektir. Eğer ölüm otomobil çarpması yüzünden meydana gelmiş ve kadın üzerinde çocuk düşürme maksadiyle yapılan muamelelerin otomobil altında kalmada hiç bir tesiri olmamış ise, acaba şart yine tahakkuk etmiş sayılacak mıdır? Bu suale tereddüt etmeden menfi cevap vereceğiz. Zaten gerek yeni İtalyan Kanununda (m. 550) *derivare* (neşet etmek) masdarının kullanılması, gerek Türk Kanununda (m. 401) *sebep olursa* denilmesi de sebebiyet alâkasının arandığını göstermektedir.

Kanaatimizce, kanunda böyle bir sarahat olmıyan yerlerde dahi, yine ayni neticeye varmak lâzım gelecektir. Zira, benim hareketim olmasaydı dahi meydana gelecek olan bir neticeden mesul tutulmaklığım hukuk esaslarına aykırı bulunmaktadır. Keza, belli bir hareketin cezalandırılmasının şarta tâbi tutulmasını gerektiren sebep de, hareket ile şart neticesi arasında sebebiyet münasebetinin bulunmamasını icap ettirmemektedir. Evvelce gördüğümüz gibi (n. 136, III), cezalandırılabilme şartlarının mevcudiyetini bir tek sebeple izah etmekteyiz. O da kanun koyucunun fiilin cezayı gerektirmesi hususundaki tereddüdüdür. Fiilin cezayı gerektirecek

[131] V. LISZT : *Traité*, s. 187.

kadar zararlı olduğunun, ancak bir başka netice meydana getirmesiyle anlaşılacağı hallerde cezalandırma şartı denilen bu başka neticelerin tahakkuku aranmaktadır. Bu itibarla şart - netice ile hreket arasındaki sebebiyet alâkası bulunması zarurî bulunmaktadır.

İlâve edelim ki, şart - netice ile unsur - netice arasında bu bakımdan bir fark yaratılması mecburiyeti de yoktur. Zira bu iki netice arasında, fail ile aralarındaki ruhî alâka bakımından mevcut fark (n. 140) bu iki neticenin ayni olmadıklarını pekâlâ göstermektedir.

III. Sebebiyet alâkasının mevcudiyeti kabul edildikten sonra bu hususta hangi sistemin tatbik olunması gerektiğini de halletmek lâzımdır. Tercih nazariyelerinden birisi benimsenirse, cezalandırılabilme şartlarından bir çoğunun tahakkuk etmemiş sayılması icap edecek ve bu da bu şartların kabulünü gerektiren sebeplere aykırı düşecektir. Kaldı ki, doktrinin büyük bir kısmı sebebiyet alâkasının hiç bir şekilde mevcut olmaması halinde dahi şartın tahakkukunu kabul etmektedir. Mevzuumuz dışına çıkmamak için, maddî unsurlardan olan netice ile hareket arasında olduğu gibi, cezalandırılabilme şartı olan netice ile hareket arasında da şart nazariyesine göre sebebiyet alâkası kabul edilmesine taraftar olduğumuzu belirtmekle iktifa ediyoruz.

6. §

CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI VE SUÇUN SAFHALARI

146 — Cezalandırılabilme şartları ve teşebbüs arasındaki münasebet hakkında telâkkiler, 147 — Kanaatimiz, 148 — Suçun muhtelif safhaları ve anları hakkındaki telâkkiler, 149 — Kanaatimiz, 150 — Cezalandırılabilme şartlarının tamamlanma ânına tesiri hakkındaki telâkkiler, 151 — Kanaatimiz, 152 — Suçun tamamlanma ânına terettüp eden hükümler.

146 — Cezalandırılabilme şartları ile teşebbüs arasındaki münasebet hakkında telâkkiler.

Suçun muhtelif işlenme safhalarında cezalandırılabilme şartlarına terettüp eden neticeleri araştırmak için, bu şartların teşebbüs bakımından tetkiki ile işe başlamanın muvafık olacağını düşünmekteyiz.

Doktrinde bu mesele de çeşitli şekillerde halledilmiştir. Buna da sebep, cezalandırılabilme şartlarını teşkil eden netice ile suç unsuru olan netice arasındaki münasebet hakkındaki görüşlerin çeşitli olmasıdır.

I. Bir kısım müellifler, cezalandırılabilme şartlarından ve bu şartları ihtiva eden suçlardan ayrıca bahsetmemişlerdir. Bu müelliflerin, bir suç neticesi addettikleri şart tahakkuk etmese dahi teşebbüsün mümkün olduğu kanaatinde olduklarını istihraç etmemiz mümkündür. Pannain'e göre [132], hâkim olan kanaat budur.

II. Bazı müellifler de teşebbüsün ancak şart tahakkuk edince bahis mevzuu olabileceği fikrindedirler. Bu müelliflere göre, şart tahakkuk etmeden, cezalandırıbilme ve dolayısiyle teşebbüs bahis mevzuu değildir. Meselâ von Liszt şöyle demektedir [133] : Cezalandırılabilme şartı mevcut olmadıkça cezalandırılabilen bir teşebbüs hali kabul olunamaz. Şart tahakkuk etmiş olmak kaydiyle, hareket tamamlanmamış veya netice husule gelmemişse, teşebbüs kabul olunabilir. Manzini [134], Maggiore [135] de teşebbüs halinin cezalandırılması için dahi şartın tahakkuk etmiş olması lâzım geldiği fikrindedirler. Pannain de şart tahakkuk etmediği için, tamamlandığı zaman dahi cezalandırılmıyan suça teşebbüsün cezalandırılmıyacağını, fakat, şart tahakkuk ettiği zaman teşebbüs halinde kalmış olan suçun cezalandırılabileceğini söylemektedir. Mamafih, müellif, intihara teşvik suçundaki ölüm gibi, şart olarak kabul etmediği bazı maddî neticelerin dahi tahakkuk etmemesi halinde suç siyaseti mülâhazalariyle ceza verilmemesi gerektiğini söylemekte, bu suçlara teşebbüsü mümkün görmemektedir [136].

III. Bazı müellifler de cezalandırılabilme şartları arasında tefrik yapmaktadırlar. Meselâ, Battaglini, şartın birlikte veya sonradan tahakkukuna göre farklı neticeler kabul etmektedir. Bu müellife göre müstakbel şart tahakkuk etmeden teşebbüsten bahsolunamaz. Bu hal haricinde ise, teşebbüs ile cezalandırılabilme şartları arasında bir tezat mevcut değildir [137].

IV. Bir fikre göre de, şarta bağlı suçlarda teşebbüs asla bahis mevzuu olamaz.

Meselâ Vannini'ye [138] göre, cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suça teşebbüsün değil, fakat müstakil bir başka suçun tam cezası veri-

---

[132] PANNAIN : *Manuale*, s. 282.

[133] V. LISZT : *Traité*, s. 284, 303.

[134] MANZINI : *Trattato*, c. I, s. 430.

[135] MAGGIORE : *Diritto penale*, c. I, s. 213.

[136] PANNAIN : *Manuale*, s. 431.

[137] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 309.

[138] VANNINI : *Manuale*, s. 206.

lecektir. Verdiği misal şudur. Bir kimse demiryoluna zarar vermek gayesiyle tahta traversleri tahribe henüz başlamış iken yakalanmıştır. Hareketinden, demiryol kazası tehlikesi hasıl olmamıştır. Bu itibarla Türk Ceza Kanununun 385 inci maddesindeki suça teşebbüsün cezası değil, fakat tamamlanmış bir ızrar suçunun cezası verilecektir. Saltelli ve Romano Di Falco da, şart tahakkuk etmişse suç tamam olmuştur, şart tahakkuk etmemişse, teşebbüs bahis mevzuu olamaz, zira, teşebbüs, belli bir suçu işlemek kasdiyle harekete geçmeyi icap ettirir, burada ise netice kasdın dışındadır, demektedirler [139]. Altavilla da cezalandırılabilme için bir şartın tahakkuku zarurî ise, teşebbüsün bahis mevzuu olamıyacağı kanaatindedir [140]. Prof. Erem de, şart tahakkuk etmedikçe tam fiilin dahi cezalandırılması imkânsız olduğu mülâhazasiyle, teşebbüsün mümkün olmıdığı fikrindedir [141]. Donnedieu de Vabres'ı de bu grupa sokabiliriz. Filhakika bu müellif, münhasıran istenen ve elde edilen neticenin kanun tarafından derpiş edildiği çok istisnaî hallerde teşebbüsü mümkün görmemektedir [142]. Şart tahakkuk etmedikçe teşebbüsü mümkün gören, fakat cezalandırılmıyacağını bildiren Ranieri [143]'yi de bu grupta saymamız mümkündür.

147 — Kanaatimiz.

Biz de, cezalandırılabilmesi şarta bağlanmış suçlarda teşebbüsün bahis mevzuu olmadığı fikrine iltihak ediyoruz. Filhakika, cezalandırılabilme şarta bağlandığına göre, şart tahakkuk etmezse cezalandırılabilme ve dolayısiyle suç bahis mevzuu değildir ki, suça teşebbüs mümkün olsun. Fiilin cezalandırılabilmesi gibi, failin cezalandırılabilmesi bakımından da vaziyet aynidir. Faile ne tam suç, ne de teşebbüs halinde kalmış suç cezası verilebilecektir. Teşebbüs deyince cezalandırılabilen bir teşebbüs murat olduğuna göre, şart tahakkuk etmezse teşebbüs bahis mevzuu olamıyacaktır. Diğer taraftan şart tahakkuk etse dahi teşebbüs bahis mevzuu olamıyacaktır. Bunun da sebebini, kanaatimizce, cezalandırılabilme şartlarının kabulünde aramalıdır. Bu şartlar, suç unsuru olan neticenin zararlılığını tesbit için kabul olunduğuna göre her halde neticeden önce tahakkuk edemiyecektir. O halde şart tahakkuk

[139] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO : *Commento*, c. I, s. 376.

[140] ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 130.

[141] EREM : *Türk Ceza Hukuku*, s. 435.

[142] DONNEDIEU DE VABRES : *Traité*, s. 136.

[143] RANIERI : *Diritto penale*, s. 307.

etmişse muhakkak netice de meydana gelmiş demektir, şu halde teşebbüs bahis mevzuu değildir.

Tatbikatta da, cezalandırılabilme şartı mefhumu açıkça kabul edilmemekle beraber, böyle şartları ihtiva eden suçlarda teşebbüsün kabul olunmadığı görülmektedir. Türk Ceza Kanununda yazılı suçlara ait kararlardan ileride bahsedeceğiz (n. 165). Burada Millî Korunma Kanununa ait bir tevhidi içtihat kararına işaret etmek isteriz: «Cezalandırılabilme şartı» yerine «unsuru aslî» tâbirini kullanan Yüksek Mahkememiz aynen şöyle demektedir: «Millî Korunma Kanununun değişen 68 inci maddesinin üçüncü bendi hükmünce, kira bedelini arttırma suçuna teşebbüs dahi suç sayılmıştır. Eğer kira bedeli, suçun tamamında unsuru aslî olsaydı, kira bedelinin arttırılması hakkında sözleşme yapılıp kira bedeli alınmamış olan ahvalde suç tekevvün etmezdi. Ve tekevvün etmiyen bir suçun teşebbüsü dahi bahis mevzuu olmazdı [144]».

İlâve edelim ki, teşebbüsün asla mümkün olmaması ancak cezalandırılması şarta bağlanan suçların bir hususiyetidir. Takibi şarta bağlı suçlarda (n. 159) böyle bir imkânsızlık kat'î olarak mevcut değildir. Bazı takip şartlarının suç neticesinden önce tahakkuku mümkündür ve bu takdirde teşebbüs halinde kalmış suçun takibi de imkân altına girmiş olur. Şikâyet ve talepte olduğu gibi. Maamafih kanun koyucunun dâva açma şartını, teşebbüse imkân vermiyecek şekilde seçmeleri de mümkündür. Bazı suçlarda suçüstü yakalanma şartında olduğu gibi.

Yine ilâve edelim ki, unsur - netice tahakkuk etmeyince teşebbüs cezası verilmesine, neticenin kanun koyucu tarafından muhakkak istendiği mülâhazasiyle istisna konulmasına mütedair Donnedieu de Vabres'ın görüşüne (n. 146, IV) iştirak etmemekteyiz. Eğer kanun koyucu cezalandırılabilme için bir neticenin tahakkukunu muhakkak arzu ediyorsa bu takdirde onu unsur - netice olarak değil, fakat bir cezalandırılabilme şartı - netice olarak derpiş etmeli ve o suretle ifade etmelidir. Eğer böyle bir neticenin sübjektif bakımdan mevcudiyeti de zarurî görülüyorsa, yâni czalandırılabilme şartı sayılması mahzurlu bulunuyorsa, bu takdirde bu unsur - netice tahakkuk etmediği zaman teşebbüs hükümlerinin tatbik olunamıyacağı ayrıca tasrih edilmelidir. Kira arttırma suçlarında teşebbüsün cezalandırılmıyacağına dair Yargıtayın müstakar içtihadı [145] bu itibarla hatalı idi. Nitekim kanun koyucu, Millî Korunma Ka-

[144] YtİBGk: 17/12/1947, 17 - 25 (*İstanbul Barosu Dergisi*, 1948, V, 246).

[145] Yt 3.CD: 11/1/1941, 8585, 8775 (Özpolat: *Millî Korunma Kanunu*, 1945, s. 88); YtCGk: 27/1/1941, 2 - 3 (Çumralı ve Karay: *Millî Korunma Kanunu*, 1943, s. 76); 3/3/1941, 10-9 (Çumralı ve Karay: *s.g.e.*, s. 73); Yt3.CD: 8/7/1941, 111-3746 (*Yargıtay Kararları*, 1941 - 42, s. 376); 11/1/1944, 9722 - 39 (neşredilmemiştir).

nununu tadil eden 13 Ağustos 1944 tarihli kanunla şu hükmü koymak lüzumunu duydu (n. 68 : 2): «Bu kanunda yazılı suçlara teşebbüs hallerinde, hilâfına sarahat olmadığı takdirde, umumî hükümler tatbik olunur [146].» Bu tarihten sonra, kira arttırmak suçuna teşebbüs kabul olunmağa başlanmıştır [147].

148 — Suçun muhtelif safhaları ve anları hakkındaki telâkkiler.

Cezalandırılabilme şartları ile suçun tamamlanma anı arasındaki münasebetleri tetkik etmeden önce, suçun tamamlanma anı mefhumunu belirtmek lüzumunu duymaktayız.

Suçun tamamlanması anı (momento consumativo), bir çok bakımlardan ehemmiyetlidir ve bu itibarla suçun gerek işleme ânından (momento di commissione) gerek icra ânından (momento esecutivo) ve gerek bitme ânından (momento di esaurimento) tefrik edilmek lâzım olduğunu ileri sürenler olmamış değildir.

Umumiyetle bu safhalar ve anlar arasında bir ayırma yapılmamaktadır. Türk mevzuatı ve doktrini de bu yolda yürüyenler arasındadır. Ceza Kanunumuz 2, 3, 4, 5, 6, 46, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 81, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz 8, 9, 10, 11 inci maddelerinde fiilin veya suçun *işlenmesinden,* Ceza Kanunumuzun 50 ve 64 üncü maddelerinde fiilin veya cürmün *icrasından,* 113 üncü maddesinde *tamamiyle icrasından,* 48 inci maddesinde suçun *irtikâbından,* 61 inci maddesinde cürmün *husulünden,* 62 nci maddesinde cürmün *meydana gelmesinden* bahsolunmakta ve bu farklı tâbirlerin çok defa müteradif gibi kullanıldığı görülmektedir.

İtalyan Kanununda da, Sabatini'nin de işaret ettiği gibi [148] umumiyetle *reato commesso* (işlenmiş suç) tâbiri kullanılmış, istisnaen bazı hallerde, teşebbüsten ayrı olarak suçun tamam olması hallerini göstermek üzere, meselâ 158 inci maddede olduğu gibi, *reato consumato* (tamamlanmış suç) denilmiştir.

Maamafih doktrinde suçun muhtelif safhalarını birbirinden ayıranlara da rastlanmaktadır. Meselâ Manzini, *icra* (esecuzione) ve *tamamlama* (consumazione) safhalarını ayırmaktadır [149]. Battaglini ise *icra*

---

[146] KUNTER : *La répression des infractions économiques en Turquie et les problèmes y relatifs.* Revue internationale de droit pénal, 1947, III - IV, 271.

[147] Yt5.CD : 27/11/1945, esas 3684 (*Son İçtihatlar,* sayı 8, s. 367) : YtIBGk: 17/12/1947, 17 - 25 (*İstanbul Barosu Dergisi,* 1946, V, 246).

[148] SABATINI : *Istituzioni,* c. I, s. 394.

[149] MANZINI : *Trattato,* c. I, s. 437.

(l'esecuzione), *işleme* (la commissione) ve *tamamlama* (la consumazione) arasındaki farka işaret etmekte ve demektedir ki [150] : icra, failin şahsî faaliyetidir. İşleme, failin şahsî faaliyetinin bir kısmına dahi taallûk edebilir. Meselâ teşebbüs halinde kalan bir suçtaki faaliyet de işleme mefhumuna girer. Tamamlama ise, suçun bütün objektif unsurlarının ve cezalandırılabilme şartlarının tahakkukunu ifade eder.

Bazı müellifler de *tamamlama* (consumazione) ile *bitirme* (esaurimento) arasında fark gözetirler. Bitirme mefhumunu ilk defa Carrara ortaya atmıştır. Bu müellife göre, suç tamamlanması için zarurî ve kâfi olan bütün unsurları mevcut olunca tamamlanır. Fakat bu asgarîden fazla olarak, hukukan ehemmiyeti olan bazı şeyler de mevcut olabilir. Meselâ temadî ve teselsül halleri gibi. İşte temadinin ve teselsülün bittiği an da suçun bittiği andır [151]. Her ne kadar Rocco gibi [152], her suçta neticenin neticesi olacağına göre, bitmiş suç (reato esaurito) olmıyacağı fikrinde olanlar da mevcut ise de, işleme veya tamamlanmanın kat'î olarak nihayet bulması mânasına bitmeden bahsolunabileceği, haklı olarak, umumiyetle kabul edilmiştir [153].

149 — Kanaatimiz.

Biz üç safha kabul etmekteyiz. Failin hareketini nazara alan *işlenme*, neticenin tahakkukunu nazara alan *tamamlanma*, teselsül ve temadînin sona ermesini nazara alan *bitme* safhaları tefrik edilmelidir. Her safhaya terettüp eden hükümlerin farklı olması bu safhaların birbirinden ayırd edilmesi lüzumunu izah eder. Meselâ yaş, aklî hâlet, salâhiyet [154], umumî af (n. 152, II), kanunların zaman itibariyle tatbiki gibi

[150] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 134.

[151] CARRARA : *Programma*, § 49 bis.

[152] ROCCO : *L'oggetto del reato*, s. 326.

[153] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 638; PANNAIN : *Manuale*, s. 411; VANNINI : *Manuale*, s. 186.

[154] Burada bahis mevzuu olan Millî Ceza Hukukundaki mahal itibariyle salâhiyettir. Salâhiyetli mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suçu işliyen ve bu suçundan muhakeme edilen fail olduğuna göre mahkemenin, failin hareketine göre tayin edilmesi çok doğrudur. Bu itibarla biz de hareket nazariyesini benimsiyoruz. Fakat milletlerarası ceza hukukunda mesele farklı şekilde halledilmek lâzım gelir. Artık yer itibariyle salâhiyet değil, bir memleket mahkemelerinin vazifesi bahis mevzuudur. Hareketin yapıldığı, meselâ kurşunun atıldığı memleketinki kadar, kurşunun mağdura isabet ettiği memleket selâmet ve huzuru da ihlâl edil-

hususlarda işleme ânına ve yerine bakılır. Meselâ failin yaşını tayin için mağdurun hastahanede öldüğü veya ilâç yerine gönderilen zehirin mağdurun eline vardığı an değil, tabancayı ateşlediği, zehiri postaya verdiği an nazara alınır. Bitme anının da salâhiyet ve zaman aşımı bakımından hususiyetleri vardır. Bunun gibi tamamlanma anına taallûk eden hükümler de vardır (n. 152).

Teşebbüsün derecesine göre işleme ve icra tefrikine kanaatimizce lüzum yoktur. Her ikisinde de failin faaliyeti, icra hareketleri bitsin veya bitmesin, sona ermiştir. Her ikisi bir tek işleme safhası olarak kabul edilmelidir.

150 — Cezalandırılabilme şartlarının tamamlanma ânına tesiri hakkındaki telâkkiler.

Cezalandırılabilme şartlarının tamamlanma anına tesirini kabul edenler ve etmiyenler mevcuttur.

I. Bir fikre göre, cezalandırılabilme şartları da dahil olmak üzere bir suçun teşekkülü için zarurî bütün unsurlar mevcut olmalıdır ki suçun tamamlanmasından bahsolunabilsin. Bu itibarla, eğer en son tahakkuk eden cezalandırılabilme şartı ise, tamamlanma anı, şartın tahakkuku anıdır. Manzini [155], Florian [156], Battaglini [157], Saltelli ve Romano Di Falco [158] bu fikirdedirler. Vannini de bu grupa sokulabilir. Suçun tamamlanmasını sadece fiilin tamamlanması diye kabul eden bu müel-

---

miştir. Bu ikinci memleket mahkemelerinin de kendilerini vazifeli görmelerini kabul etmek lâzımdır. Fakat yaralanan kimsenin öldüğü üçüncü bir memleket için ayni şey söylenemez. Bu itibarla biz milletlerarası ceza hukuku bahis mevzuu olunca, hareket nazariyesini, netice nazariyesini, isabet nazariyesini, ve bunların üçünü bir araya getiren geniş muhtelit nazariyeyi reddediyor, hareket nazariyesiyle isabet nazariyesini birlikte kabul eden dar bir muhtelit nazariyeye taraftar bulunuyoruz. Yargıtay da efali icraiye tâbirini isabeti de içine alacak şekilde geniş mânada almaktadır (1. CD: 13/4/1949, 1010 - 687). Türk doktrininin de umumiyetle bu görüşü benimsediği söylenebilir (Dönmezer: *Yabancı memlekette işlenen suçlar;* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1949, II+III, 766).

[155] MANZINI: *Trttato*, c. I, s. 430, 437.

[156] FLORIAN: *Trattato*, c. I, s. 637.

[157] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 134.

[158] SALTELLİ ve ROMANO DI FALCO: *Commento*, c. I, s. 285.

lif, şarta bağlı suçlarda, şart tahakkuk etmeden, tamamlanmadan bahsolunamıyacağı kanaatınddır [159].

II. Bir fikre göre de, suç unsuru olan neticenin tahakkuk ettiği anda suç tamamlanmıştır. Meselâ von Liszt'e göre suçun tamamlanması, şartın tahakkukundan tamamen müstakildir [160]. Pannain de cezalandırılabilme şartlarının tamamlanma mefhumuna yabancı olduğu kanaatınddır. Bu müellife göre, cezalandırılabilme şartının tahakkuk anı ile, suçun tamamlanma anı arasında ayniyet yoktur. Birlikte olabilirler, fakat cezalandırılabilme şartları, tamamlanma ânından sonra da tahakkuk edebilirler. Bu müellif, kanunun bazan tamamlanma anı yerine şartın tahakkuk ettiği anı aldığı da vâkidir, demekte ve İtalyan Kanununun, zaman aşımını şartın tahakkukundan başlatan 158 inci maddesini misal olarak vermektedir [161]. Bettiol da kanunî tipe dahil olan esaslı unsurların tahakkuku ile suçun tamamlandığı fikrindedir ve cezalandırılabilme şartlarını, maddî unsurlara tahsis ettiği kanunî tip dışında addettiği için, bu şartların tahakkukunun tamamlanma için zarurî olmadığını söylemektedir [162]. Ranieri ise, cezalandırılabilme şartlarının kanunî tipte dahil olduğunu kabul etmekle beraber, bunların tahakkukiyle tamamlanma anı arasında münasebet görmemektedir [163]. Grispigni [164], Sabatini [165] de fiilin tamamlandığı anda suçu tamamlanmış addetmektedirler.

151 — Kanaatimiz.

Biz de, cezalandırılabilme şartlarının, suçun tamamlanması ânına tesir etmediği fikrindeyiz. Fiilin tamamlanması, yâni neticenin meydana gelmesi ile şartın tahakkuku ayni zamana rastlıyorsa zaten mesele yoktur. Fakat şartın, neticeden sonra tahakkuk etmesi halinde dahi, suçun netice ile birlikte tamamlandığı kanaatindeyiz. Şöyle düşünüyoruz : cezalandırılabilme, cezaî müeyyide ile tehdit ediliş demektir. Cezaî normun konulması anında, mücerret suçun bu unsuru bir mevcudiyet kazanır. Müşahhas suç dahi nazara alınsa, kanunda tarif edilen

[159] VANNINI : *Manuale*, s. 183.

[160] V. LISZT : *Traité*, s. 285.

[161] PANNAIN : *Manuale*, s. 281, 409.

[162] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 347.

[163] RANIERI : *Diritto penale*, s. 291.

[164] GRISPIGNI : *Diritto penale*, s. II. s. 16.

[165] SABATINI : *Istituzioni*, c. I, s. 396.

tipe uygun olan fiil yine mücerret olarak cezalandırılabilen bir fiildir, zira fiilin tipiyle birlikte cezası da tayin ve tesbit edilmiştir. Mücerret cezalandırılabilme ile, kanun koyucu Devlete, tipe uygun fiil işliyen kimseye ceza vermek hakkını tanımıştır. Bir kimse tipe uygun fiili işlediği zaman, Devletin ceza vermek hakkı doğar. Ceza vermek hakkı böylece fiilin tipe uygun olarak işlendiği anda, tam suç bahis mevzuu olduğuna göre, neticenin tahakkuk ettiği anda doğar. İşte bu anda, suç tamam olmuştur. Cezalandırılabilmenin şarta talik edildiği hallerde de vaziyet aynıdır. Cezalandırılabilme unsuru daha önceden mevcuttur. Sadece belli değildir. Onun mevcudiyetini belli eden, şartın tahakkuk etmesidir. Mevcudiyeti bilme ile mevcudiyetin başlaması elbetteki farklı şeylerdir. Askerliği sebebiyle evinden uzak olan baba, çocuğunun doğduğunu geç haber alabilir, fakat bu demek değildir ki çocuk, babanın haber aldığı zamanda doğmuştur. Keza ana rahmindeki cenin de mirasa konabilir, fakat canlı doğmak şartiyle. Canlı doğarsa mirasçılığı doğduğundan itibaren değil, ana rahmine düştüğünden itibaren hesaplanır [KM 27].

Bu münasebetle Jannitti Piromallo [166] ve F. Alimena [167] gibi bazı cezacılar tarafından ileri sürülen, «suçun tamamlanmasından önce tahakkuk eden cezalandırılabilme şartları»nın mevcut olmadığını belirtmemiz icap eder. Netice tahakkuk etmeden suç tamamlanmadığına, şart da neticenin ağırlığını tâyine yaradığına göre, şart ya netice ile birlikte veya ondan sonra tahakkuk edebilir. Cezalandırılabilme şartları ile failin hareketi arasında sebebiyet alâkası bulunması icap ettiğine (n. 145) göre, şartın, fiilden önce tahakkuk edebilmesine imkân yoktur. Zaten Jannitti Piromallo'nun verdiği misallerin hiç birinde fiilden önce tahakkuk etmiş bir şart mevcut değildir. Hülâsa Manzini [168], Pannain [169], Ranieri [170] ve Musotto [171] ile birlikte, biz de, şartın, en erken olarak fiil ile birlikte tahakkuk edebileceği kanaatindeyiz. Bu itibarla, hususî hukuktaki şart mefhumunu gözönünde tutarak, cezalandırılabilme şartlarının daima ilerde tahakkuk edecek bir hâdise olduğunu

---

[166] JANNITTI PIROMALLO: *Corso*, s. 122.

[167] ALIMENA: *Le condizioni di punibilità*, s. 186 (Pannain'den naklen: *Manuale*, s. 260).

[168] MANZINI: *Trattato*, c. I, s. 429.

[169] PANNAIN: *Manuale*, s. 268.

[170] RANIERI: *Diritto penale*, s. 139.

[171] MUSOTTO: *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 50.

kabul eden Sabatini [172], Altavilla [173], Saltelli ve Romano di Falco [174]'nun görüşüne de iştirak etmiyoruz.

152 — Suçun tamamlanma ânına terettüp eden hükümler.

I. Suçun tamamlanması anına cezalandırılabilme şartlarının tesiri olmadığını gördükten sonra, tamamlanma anına terettüp eden hükümlere de kısaca işaret edelim :

a) Neticesi de tahakkuk ederek tamamlanan suça her zaman tam ceza verilir. Buna mukabil tamamlanmamış olan suçlarda, yâni teşebbüste, tam ceza değil, azaltılmış ceza vermeyi kabul edenler de vardır. Kanunumuzun sistemi de budur (CK 61, 62). Teşebbüs, suç unsurları nazariyesinin mevzuu dışında olduğu için (n. 4), bu nokta üzerinde duracak değiliz.

b) Şikâyet süresi, şartın değil neticenin tahakkukundan başlar. Maamafih bu mesele doktrinde ihtilâflıdır. Alman kanunu zina suçunu boşanmaya sebep olması şartına tâbi tuttuğu için (m. 172), Alman doktrini umumiyetle şikâyet süresini failin boşanma hükmüne ıttılaından başlatmaktadır [175]. İtalyan Ceza Kanununda suçu teşkil eden fiile ıttıladan itibaren denilmiştir (m. 124). Buna rağmen Pannain [176], Cavallo [177], Saltelli ve Romano di Falco [178] gibi bazı müellifler, şartın tahakkukundan sonra sürenin başlıyacağı fikrindedirler.

Bizim kanunumuzda «fiile ve faile ıttıla» denilmiştir (m. 108). Kanun koyucunun cezalandırılabilme şartlarını hariç tutmak için bu kelimeleri kullandığını iddia edecek değiliz. Bu şartlar mefhumu, kanun yapıldığı sırada doktrine henüz girmiş değildi. Maamafih kanunun bu şeklinin, bugün dahi kıymetini muhafaza ettiğini belirtmek isteriz. Suçun neticesi tahakkuk etmiştir. Mağdur göreceği zararı görmüştür. Şikâyet edecekse, suç unsuru olan netice sebebiyle edecektir. Neticenin muhtemel neticelerinin yâni cezalandırılabilme şartlarının şikâyet mües-

[172] SABATINI : *Istituzioni*, c. I, s. 257.

[173] ALTAVILLA : *Teoria*, s. 231.

[174] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO : *Commento*, c. I, s. 284.

[175] V. LISZT : *Traité*, s. 284.

[176] PANNAIN : *Manuale*, s. 282.

[177] CAVALLO : *Il termine per proporre querela nei reati sottoposti a condizione di punibilità*, Annali, 1935, s. 571.

[178] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO : *Commento*, c. I, s. 289.

sesesi ile alâkası yoktur. Görülüyor ki, şikâyet süresinin başlangıcı, suçun tamamlanma anıdır.

II. Buna mukabil, hilâfı iddia edilmiş olmasına rağmen, zamanaşımının ve umumî affın cezalandırılabilme şartı ile ve hattâ suç neticesi ile alâkası yoktur.

a) *Zamanaşımı.* Hareket ile neticesi ayrı ayrı zamanlarda olan suçlarda bir fikre göre zamanaşımı, neticenin husule gelmesinden itibaren hesaplanır. Meselâ Mezger [179], Manzini [180] ve Maggiore [181] bu fikirdedirler. Alman Kanununun açık metnine rağmen Alman mahkemeleri de neticeye bakmakta, yalnız pek uzak neticeleri nazara almamaktadırlar [182]. İtalyan Kanunu (m. 158) suçun cezalandırılabilmesi bir şartın tahakkukuna tâbi tutulmuş ise, zamanaşımının, şartın tahakkukundan başlıyacağını tasrih etmiştir.

Bir üçüncü fikre göre de hareketin bittiği an esastır. Zamanaşımı, meselâ adamın öldüğü günden değil, fakat ölümü tevlit eden hareketin işlendiği günden itibaren hesaplanır. Alman Kanununun 67 nci maddesinin dördüncü fıkrası bu görüşü kabul etmiştir. Bu fıkra aynen şöyledir : «Zamanaşımı hareketin işlendiği günden itibaren başlar, neticenin meydana geldiği zamana bakılmaz». Von Liszt [183] de bu fikre taraftardır.

Biz, neticeye değil, harekete bakılmasına taraftarız. Bir diğer söyleyişle zaman aşımının tamamlanma anına değil, işlenme anına terettüp eden bir hüküm olduğu fikrindeyiz. Şöyle düşünüyoruz : zamanaşımı, Devletin ceza vermek hakkının düşmesi neticesini doğurur. Şu halde mebde' bu hakkın doğmasıdır. Cezalandırılan fail olduğuna göre onun hareketini esas tutmak lâzımdır. Bu bakımdan neticenin bir tesiri yoktur. Nitekim teşebbüs vaziyetinde zamanaşımı hareketten itibaren hesaplanmaktadır. Görülüyor ki, ceza vermek hakkı failin faaliyetiyle alâkalıdır. Hareket cezalandırılabilir safhaya gelince, yâni icra hareketleri başlayınca ceza vermek hakkı da doğar. İcra hareketleri yarıda kalmışsa nakıs teşebbüs cezası, icra hareketleri bitmiş, netice meydana gelmemiş ise, tam teşebbüs cezası, netice de meydana gelmiş ise tam suç cezası verilecektir. Hülâsa, netice cezanın miktariyle ve bu itibarla mü-

[179] MEZGER : *Diritto penale,* s. 511.

[180] MANZINI : *Trattato* (1934), c. III, s. 433.

[181] MAGGIORE : *Diritto penale,* c. II, s. 767.

[182] V. LISZT : *Traité,* s. 434, not 2.

[183] V. LISZT : *Traité,* s. 434.

şahhas ceza taraftarlarına göre zamanaşımı süresinin uzunluğu ile alâkalıdır, fakat neticenin ceza vermek hakkının doğumu ile yâni sürenin başlangıcı ile hiç bir alâkası yoktur.

Kanunumuzda da «fiilin vukuu günü» denilmiştir (m. 103). Burada fiilin hareket mânasına geldiği, neticeyi ihtiva etmediği, ayn maddede teşebbüs halinde kalan suçlardan bahsolunurken «son fiil» tâbirinin kullanılmasından anlaşılmaktadır.

İlâve edelim ki, sürenin başlangıcının tayini ile şartın tahakkukuna kadar zamanaşımının durması başka başka şeylerdir.

b) *Umumî af.* Aftan istifade için aftan önce hareketin yapılmış olması kâfidir. Neticenin ve cezalandırılabilme şartının tahakkukuna lüzum yoktur. Maamafih bu hususta da çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bir fikre göre Af Kanunundan istifade edebilmek için şartın tahakkuku lâzımdır. Battaglini [184], Saltelli ve Romano di Falco [185] bu fikirdedirler. İtalyan Yargıtayının kanaatı da bu merkezdedir [186]. Vannini [187] ve Pannain [188] gibi bazı müellifler de şart tahakkuk etmese dahi, hareket yapılmış olmak kaydiyle, Af Kanununun tesir edeceği fikrindedirler. Biz de bu ikinci fikre taraftar bulunuyoruz. Filhakika umumî af da zamanaşımı gibi ceza vermek hakkını düşüren bir haldir. Bu itibarla ceza vermek hakkının doğumundan itibaren umumî af ile düşme bahis mevzuu olabilir. Bu hakkın ise, hareketle doğduğunu, netice ile alâkalı bulunmadığını biraz önce, zamanaşımı bahsinde izah etmiş bulunuyoruz.

7. §

CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARININ SUÇ NETİCESİNDEN AYIRDEDİLMESİ

153 — Cezalandırılabilme şartlarının suç neticesinden ayırdedilmesinin ehemmiyeti, 154 — Suç neticesi hakkındaki telâkkilerin cezalandırılabilme şartlarının suç neticesinden ayırdedilmesine tesiri, 155 — Haricilik ve objektiflik kıstasları, 156 — Hukukî objektiflik kıstası, 157 — Başka kıstaslar, 158 — Kanaatimiz.

---

[184] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 249.

[185] SALTELLI ve ROMANO DI FALCO : *Commento*, c. I, s. 289.

[186] İtalyan Yt.: 15/11/1929 (Pannain : *Manuale*, s. 283).

[187] VANNINI : *Manuale*, s. 235.

[188] PANNAIN : *Manuale*, s. 283.

153 — Cezalandırılabilme şartlarının suç neticesinden ayırdedilmesinin ehemmiyeti.

Cezalandırılabilme şartlarının tahakkuk etmesi, haricî dünyada çok defa bir değişiklik, yâni neticenin meydana gelmesi demektir. İşte bu netice ile suçların maddî unsurlarından olan netice arasındaki münasebetin incelenmesi, ve birini diğerinden ayırdedebilmemize yarayacak kıstasın bulunması zarurîdir, zira bu iki netice ayrı hükümlere tâbi bulunmaktadır. Biz, bu iki mefhumun haricen dahi daha iyi tefrik edilmesi için, netice tâbirini sadece suç maddî unsurlarından olan neticeye tahsis edip cezalandırılabilme için tahakkuku şart edilmiş olan neticeye, netice dahi dememeyi, sadece cezalandırılabilme şartı veya şart denilmesini veya birinin unsur - netice, diğerinin şart - netice diye adlandırılmasını uygun bulmaktayız.

Cezalandırılabilme şartı ile suç neticesinin ayırdedilmesinin tatbikî ehemmiyeti çok büyüktür. Eğer bir netice, suç neticesi sayılacaksa, tahakkuk etmese dahi teşebbüs cezası verilebilecek, fakat cezalandırılabilme şartı kabul olunursa, tahakkuk etmedikçe, hiç bir ceza verilemiyecek, teşebbüs dahi bahis mevzuu olamıyacaktır (n. 147). Keza bir netice, suç neticesi ise, tahakkuk eden bu neticenin istenmemesi halinde, taksir de bahis mevzuu değilse, ceza verilmiyecek, fakat czalandırılabilme şartı ise, bu halde dahi ceza verilmesine hiç bir mani bulunmıyacaktır (n. 140). Zaman aşımının neticeden hesaplanacağını kabul edenler (n. 152, II) bu bakımdan da suç neticesi ile cezalandırılabilme şartlarını ayırdetmelidirler.

154 — Suç neticesi hakkındaki telâkkilerin cezalandırılabilme şartlarının suç neticesinden ayırdedilmesine tesiri.

Mahiyeti, şümulü ve hattâ unsur olarak mevcudiyeti münakaşalı olmakla beraber. biz her suçta mevcut üç maddî unsurdan birinin (netice) olduğuna diğerlerinin de (hareket) ve (sebebiyet alâkası) ndan ibaret bulunduğuna kani bulunuyoruz.

Netice ister tabiî, ister hukukî mefhumiyle kabul edilsin, ister neticesiz suçlar da olabileceği iddia olunsun, herhalde bugün maddî diye tavsif olunagelen ve istisnasız her müellif tarafından, hattâ cüzü mânasına kabul edilen bir kurucu unsur mevcuttur. Failin fiilini ihtiva eden bu unsur da bir taraftan failin faaliyetinden, yâni icraî veya ihmalî hareketten, diğer taraftan bu hareketin haricî dünyada meydana getirdiği değişiklikten meydana gelir. Bütün mesele, bu değişikliğin her zaman huku-

kan nazara alınmış olup olmamasındadır. Hareketten ayrılmıyan neticelerin hareket mefhumu içinde kaybolmuş gibi görünmesine ve böyle hareketlerden ayrı olarak meydana gelen ve maddî denilen neticeler de bulunmasına bakarak, neticenin hareketten ayrı olmadığını, böyle suçlarda neticenin nazara alınmadığını söyliyenler olmuştur. Bu fikirde olanlara göre, cezalandırılabilme şartlarının suç neticesinden ayırdedilebilmesi meselesi yine mevcuttur, fakat ancak neticeli suçlar da bahis mevzuu olabilir.

155 — Haricîlik ve objektiflik kıstasları.

Cezalandırılabilme şartlarının suç neticesinden farklı olduğunu göstermek üzere, umumiyetle suç neticesinin, suç tipinin muhtevasına dahil olduğu, şartın bu muhteva dışında kaldığı söylenilmiştir. Cezalandırılabilme şartlarına «haricî» denilmesinin hikmeti budur. Maamafih, cezalandırılabilme şartlarının hariciliğini kabul etmiyenler de vardır. Mezger'e göre, bu şartlar kanunî tipe sıkı sıkıya bağlıdır ve onun bir cüzünü teşkil eder [189]. Keza Massari de bu şartların suç muhtevasına dahil olduğunu, esaslı unsurlardan bulunduğunu söylemektedir [190].

Cezalandırılabilme şartlarının haricîliği çeşitli şekillerde izah edilmiş ve buna kısmen de kanunî tipin muhtevası hakkındaki fikir aykırılıkları sebep olmuştur.

a) Bir fikre göre cezalandırılabilme şartları failin hareketine yabancıdır. Bu fikir taraftarlarına misal olarak von Liszt [191]'i ve Manzini [192]'yi gösterebiliriz.

b) Bir fikre göre de cezalandırılabilme şartları, hareketi ve neticeyi ihtiva eden fiile yabancıdır. Jannitti Piromallo [193] bu fikir taraftarları arasındadır.

c) Büyük bir ekseriyet cezalandırılabilme şartlarının sübjektif ve objektif unsurlara, yani kurucu unsurlara yabancı olduğu fikrindedir. Burada haricîlik ile birlikte objektiflik kıstasının da ele alındığı görül-

---

[189] MEZGER : *Diritto penale*, s. 199.

[190] MASSARI : *Il momento executivo*, s. 236.

[191] V. LISZT : *Traité*, s. 284.

[192] MANZINI : *Trattato*, c. I, s. 429.

[193] JANNITTI PIROMALO : *Corso*, s. 118.

mektedir. Antolisei [194], Bettiol [195], Pannain [196], Sabatini [197] ve Vannini [198] bu gruptadır.

ç) Cezalandırılabilme şartlarının tipik fiil dışında kaldığını söyliyen meselâ Beling [199], Battaglini [200] ve Ranieri [201] gibi müellifler de, kanunî tip muhtevası hakkındaki telâkkilerine göre yukarıki gruplardan birine girmektedirler.

156 — Hukukî objektiflik kıstası.

Fiilin hukukî objektifliği kıstasını ileri süren Vannini'nin [202] fikirlerini şöyle hülâsa edebilirz:

Evvelâ maddeye bakmalıdır. Eğer maddenin sevk tarzından sarahaten şart olduğu anlaşılırsa, mesele yoktur. Nitekim Türk Ceza Kanununun 454 üncü maddesine kısmen tekabül eden İtalyan Kanununun 580 inci maddesinde intihara ikna ederek bir kimsenin ölümüne sebep olan denilmemiştir de, bir kimseyi intihara ikna tâbiri kullanılmıştır.

Keza fail tarafından istenildiği takdirde fiil hakkında başka maddenin tatbikini gerektirecek bir netice bahis mevzuu ise yine mesele yoktur. Çünkü maddî unsur - netice karşısında bulunuyoruz, demektir. Müellif, bu hale misal olarak İtalyan Kanununun 554 üncü maddesini göstermektedir. Bu maddede belsoğukluğuna veya frengiye müptelâ bir kimsenin bu hastalığın başkasına sirayeti tehlikesine sebebiyet vermesini, sirayetin tahakkuku şartiyle suç saymış, fakat fail sirayete sebep olmak gayesiyle hareket etmiş ise, müessir fiil hükümlerinin tatbik olunacağı tasrih olunmuştur.

Keza netice, harbın zuhuru gibi, failin hareketinden sebep bakımından müstakil ise yine mesele yoktur. Çünkü maddî unsur olan netice bahis mevzuu olmasına imkân yoktur.

---

[194] ANTOLISEI : *Manuale*, s. 136, 382.

[195] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 140.

[196] PANNAIN : *Manuale*, s. 264.

[197] SABATINI : *Istituzioni*, c. I, s. 249.

[198] VANNINI : *Manuale*, s. 67.

[199] BELING : *Die Lehre vom Verbrechen*, s. 51, 201 (Mezger'den naklen : *Diritto penale*, s. 197).

[200] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 211.

[201] RANIERI : *Diritto penale*, s. 138.

[202] VANNINI : *Manuale*, s. 68.

Bunlar haricinde kalan ve tereddüdü mucip olan hallerde Vannini şu kıstası koymaktadır : Eğer netice, suçun realistik mahiyeti veya normla himaye edilen menfaate aykırı fiilin mahiyeti bakımından ihmal edilemez değilse ve sadece cezalandırılabilme için aranıyorsa, bu takdirde onu cezalandırılabilme haricî şartı olarak telâkki etmek lâzımdır. Bir diğer söyleyişle eğer bu neticeyi zihnen bertaraf ettiğimiz zaman, fiilin hukukî objektifliği ile âhengi bozulmuyorsa, siyasî uygunluk sebepleri ile kanunun aradığı hakikî cezalandırılabilme şartı vardır. Aksi takdirde, cürmî fiilin kurucu unsurlarından biri karşısında bulunuyoruz, demektir. Meselâ İtalyan Kanunu yakın akraba arasındaki cinsî münasebet suçunda (m. 564) umumî iskandal olmasını istemektedir. Umumî iskandal haricî bir şarttır. Çünkü kanunun himaye etmek istediği aile ahlâkı menfaati, cinsî münasebetle ihlâl edilmiştir, yoksa bu münasebetin duyulmasiyle değil.

Bettiol da, şartın tahakkukundan önce suçun mevcut olmadığı iddiası bir kenara bırakılırsa, Vannini'nin bu kıstasının cezalandırılabilme şartlarını, fiilî unsurlardan ayırmağa yaradığını kabul etmekte, fakat misalin yanlış alındığını söyliyerek fiil ile aralarında maddî veya mânevî bir sebebiyet alâkası bulunan her türlü neticenin kurucu unsurlardan addolunması lâzım geleceğini, bu itibarla yakın akraba arasında cinsî münasebet suçundaki umumî iskandalın cezalandırılabilme şartı olmadığını ilâve etmektedir [203].

157 — Başka kıstaslar:

Haricîlik, objektiflik veya hukukî objektiflik kıstaslarını cezalandırılabilme şartlarını suç maddî unsuru olan neticeden ayırdetmek için kâfi görmiyenler, başka kıstaslar aramışlardır. Meselâ Antolisei, şartın hukukî norma yabancı olduğunu söylemekte ve bundan, tahakkuku şart addolunan neticeye ait tahakkuk ettirmek yasağının fail bakımından tasavvur olunamıyacak mahiyette olması kıstasını çıkarmaktadır [204].

Massari'ye göre tamamlanma anının, belli neticenin tahakkukundan önceye alınması istenmiş ise, o netice cezalandırılabilme şartıdır [205]. Battaglini ise tefrikteki müşkülâtı itiraf ederek kanunun sarih bir hüküm koymasını dilemekte ve tereddüt halinde suç fiilî unsuru netice

[203] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 141.

[204] ANTOLISEI : *Manuale*, s. 383.

[205] MASSARI : *Il momento esecutivo*, s. 243.

addedilmesini ve bu suretle failin iradesinin teveccüh etmediği böyle bir neticeden dolayı failin cezalandırılmamasını istemektedir [206].

158 — Kanaatimiz.

I. Kanaatimizce, haricîlik kıstası (n. 155) kabul edilemez. Zira failin hareketi ile şart - netice arasında sebebiyet münasebetinin mevcut oluşu (n. 145), cezalandırılabilme şartının fiile veya harekete yabancı sayılmasına mani bulunmaktadır.

Antolisei'nin kıstası da (n. 157) kabul olunamaz. Şart - netice, suçun cezalandırılabilme unsurunun bir şartı olarak normda yer aldığına göre, bu neticenin tahakkuk ettirilmesi yasağının tasavvur olunamıyacağı ileri sürülemez.

Massari'nin kıstası da (n. 157) reddedilmek lâzımdır. Biz hangi neticenin unsur sayılacağını gösterin de tamamlanma anını ona göre tayin edelim, diyoruz. O ise bize, tamamlanma anına göre meseleyi halledin, diye cevap veriyor. Battaglini ise (n. 157) kıstas koymamakta, tereddüt halinde, her neticeyi unsur - netice saymaktadır.

II. Cezalandırılabilme şartlarının objektifliği (n. 155) veya suçların hukukî objektifliği (n. 156) kıstaslarının da pek kesin bir kıstas olmadığını kabul etmek lâzımdır. Zira kıstasın tayin ve tesbiti meselesi, cezalandırılabilme şartı ile netice arasındaki farktan önce halledilmesi lâzım gelen bir meseledir. Aksi takdirde, hangi neticeye irade taallûk etmese de olur sualine, iradenin taallûk etmesi şart olmıyanlar gibi, meseleyi halletmiye bir cevap verilmiş olur.

Maamafih, iki çeşit neticeyi ayıracak kıstası ararken, bu iki netice arasındaki en büyük farka başvurmaktan başka bir çare olmadığını da itiraf etmemiz icap eder.

Cezalandırılabilme şartı ile netice arasındaki en mühim farkın kusurluluk bakımından olduğunu, yâni cezalandırılabilme şartları ile fail arasında ruhî bir alâka aranmadığını, çünkü zarurî olmadığını görmüş bulunuyoruz (n. 140). Demek ki bazı suçlarda kanun koyucu bazı neticeleri fail istemese de zarurî saymakta, bir diğer söyleyişle bu neticelere taallûk eden bilmeme ve yanılmamaları makbul tutmamaktadır. İşte suçun mahiyetine bakarak hangi neticede ruhî alâkanın aranmasına lüzum olmadığını, objektif mevcudiyetin zarurî sayıldığını, araştırmak icap eder. Şu halde *kıstas, objektifliğin zarurî ve kâfi olmasıdır.* Bu yolla da bir neticeye varılamıyorsa failin tehlikeliliğini göstermesi hasebiyle, netice-

---

[206] BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 212.

nin sübjektif bakımdan mevcudiyetini de aramalı, yâni cezalandırılabilme şartı değil, suç unsuru bir netice karşısında bulunulduğu kabul olunmalıdır. Filhakika cezalandırılabilme şartı istisna olduğuna göre, tereddüt halinde kaidenin tercih edilmesi umumî prensipler icabıdır.

Görülüyor ki ,biz de başka bir yoldan, Vannini'nin hukukî objektiflik kıstasına ve Battaglini'nin fikrine varmış bulunmaktayız.

Tekrar edelim ki, bu kıstas, meçhulü malûm gibi addetmiş telâkki olunabileceği gibi, Sabatini'nin haklı olarak tenkit ettiği üzere [207], çok bübjektiftir de. En iyisi, kanun koyucunun hangi neticenin, fail hata etse de, objektif olarak tahakkukunu cezalandırılabilme unsurunun ve dolayısiyle suçun teşekkülü için kâfi sayacağını açıkça göstermesidir.

§ 8.

CEZAANDIRILABİLME ŞARTLARININ TAKİP ŞARTLARINDAN AYIRDEDİLMESİ

159 — Cezalandırılabilme şartlarının takip şartlarından ayırdedilebilmesinin ehemmiyeti, 160 — Cezalandırılabilme ve takip şartları ayrılığının kabul edilmemesi, 161 — Cezalandırılabilme şartlarını takip şartlarından ayırmada kıstas lüzumu, 162 — Müsbet hukuka dayanan kıstaslar, 163 — Müsbet hukuk dışındaki kıstaslar, 164 — Kanaatimiz.

159 — Cezalandırılabilme şartlarının takip şartlarından ayırdedilmesinin ehemmiyeti.

Cezalandırılabilme şartları ile takip şartları (condizione di procedibilità, Bedingungen der Strafverfolgung) arasındaki münasebet meselesi de doktrini hayli meşgul etmiştir. Bu meselenin mihveri, cezalandırılabilme ile cezaî takibat arasındaki farktadır. Doktrin bilhassa şikâyet şartı üzerinde durmuş ve bunun cezalandırılabilme şartı mı, yoksa takip şartı mı olduğu münakaşalara yol açmıştır. Sabatini [208], Jannitti Piromallo [209] gibi şikâyeti tamamen maddî hukuk müessesesi sayanlara mukabil, Almanyada mutlak surette hâkim olan doktrini kabul eden von Hippel [210] ve Mezger [211] gibi tamamen usulî bir mü-

---

[207] SABATINI : *Iistituzioni*, c. I, s. 254.

[208] SABATINI : *Istituzioni*, c. I, s. 260.

[209] JANNITTI PIROMALLO : *Corso*, s. 299.

[210] V. HIPPEL : *Manuale*, s. 210.

[211] MEZGER : *Diritto penale*, s. 198, not 4.

essese addedenler de vardır. Bu ikinci görüşün neticesi şudur ki, şikâyetin olmaması suçun mevcudiyetine mani değildir. Bu itibarla beraat kararı verilemez, fakat dâvanın durdurulması neticesini doğuran tatil kararı verilecektir. Fransada tereddütsuz kabul edilen görüş de, şikâyetin sadece takip şartı olduğu merkezindedir [212]. Türk doktrini de umumiyetle şikâyeti usulî bakımdan tetkik etmiştir [213].

Şikâyet İtalyada da umumiyetle usulî bir müessese addedilmiştir. Meselâ Battaglini [214], Vannini [215], Florian [216], Grispigni [217], Bettiol [218] ve Mirto [219] gibi müellifler şikâyeti tamamen usul hukuku çerçevesi içinde mütalâa ederler.

Şikâyetin hem maddî hem şeklî ceza hukukuna dahil, muhtelit karakterli bir müessese olduğu da iddia olunmuştur. Manzini [220] ve Pannain [221] de bu fikirdedirler. Şikâyet müessesesinin muhtevâsının maddî ceza hukukuna, şikâyet hakkının kullanılması şeklinin usul hukukuna taallûk ettiğini söyliyen [222] Prof. Erem de bu grupta sayılmak icap eder.

Von Liszt ise bir tefrik yapmakta ve bazı suçlarda şikâyetin cezalandırılabilme şartı olduğunu, böyle bir şikâyet yoksa beraat kararı verilmek lâzım geldiğini, buna mukabil bazı suçlarda da şikâyetin takip şartı olduğunu, böyle bir şikâyet vâki olmamışsa tatil kararı verilmesi gerektiğini söylemekte, fakat mevzuattaki suçların sadece ikinci gruptan olduğunu ilâve eylemektedir [227].

Cezalandırılabilme şartlarının takip şartlarından ayırdedilmesinin ehemmiyeti, yalnız verilecek karara taallûk etmek üzere usulî değildir.

---

[212] DONNEDIEU DE VABRES : *Traité*, s. 619; GARRAUD : *Précis*, s. 699; VIDAL ve MAGNOL : *Cours*, s. 770.

[213] TANER : *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 88, 238, 307; KANTAR : *Ceza Muhakemeleri Usulü*, k. II, s. 24, 185.

[214] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 214.

[215] VANNINI : *Manuale*, s. 69.

[216] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 1104.

[217] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. II, s. 17.

[218] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 142.

[219] MIRTO : *Le formole processuali negative dell'azione penale in rapporto alla dottrina degli elementi del reato*, Annali, 1942, s. 523.

[220] MANZINI : *Trattato*, c. I, s. 474.

[221] PANNAIN : *Manuale*, s. 275.

[222] EREM : *Türk Ceza Hukuku*, s. 93.

[223] V. LISZT : *Traité*, s. 288.

Maddî ceza hukuku bakımından da böyle bir tefrik ehemmiyet arzeder. Bir şart cezalandırılabilme şartı sayılırsa, tahakkuk etmedikçe ortada suç olup olmadığı belli değildir. Aksi takdirde suç vardır, fakat failin cezalandırılması şartın tahakkukuna bağlı tutulmuştur. Maddî ceza kanunlariyle usulî ceza kanunlarının tefsir usulleri arasındaki fark da, şartların böyle bir tefrikinin faydalarından birini izah etmeğe kâfidir. İtalyan Kanununda olduğu gibi zamanaşımı cezalandırılabilme şartından başlatılırsa, bu bakımdan da tefrikin ehemmiyeti olacaktır. Filhakika İtalyan Ceza Kanununun 158 inci maddesinin ikinci fıkrası aynen şu mealdedir : «Eğer kanun bir suçun cezalandırılabilmesini bir şartın tahakkukuna bağlı tutmuş ise, zaman aşımı süresi, şartın tahakkuk ettiği günden başlar, bununla beraber, şikâyet, talep ve müracaat üzerine cezalandırılabilen suçlarda zamanaşımı, suçun işlendiği günden itibaren işler».

160 — Cezalandırılma ve takip şartları ayrılığının kabul edilmemesi.

Cezalandırılabilme şartları ile takip şartlarını ayırmak üzere ileri sürülen çeşitli kıstasları görmeden önce, bu iki nevi şart arasında fark görmiyenlerin de mevcut olduğunu hatırlatmak lâzımdır.

Meselâ, daha ziyade usulcü olduğu için maddî ceza hukukuna usulcü bir görüş getiren Carnelutti, cezalandırılabilme ve takip şartları tefrikine muarızdır. Bu müellifin fikirlerini [224] şöyle hülâsa etmek mümkündür : Suç ve ceza bir madalyanın iki yüzüdür. Ne suçsuz ceza, ne cezasız suç olur. Bu itibarla cezalandırılabilme şartları ile takip şartları arasında tefrik yapmak doğru değildir. Şu veya bu şartın cezalandırılabilme veya takip şartı sayılması gerektiği hakkındaki doktrinde mevcut ihtilâf da bunu göstermektedir. Doktrinde halen mevcut olan cezalandırılabilme şartı ve takip şartı tefriki, suçun kurucu unsurları arasında dahilî ve haricî tefriki yapmak arzusiyle izah olunabilir. Hakikî tefrik de ancak böyle yapılabilir. Fakat mesele, basit bir ıstılah meselesi değildir. Meselâ haricî şartlar yerine takip şartları denilmiş değildir. Bu tâbirlerle cezalandırılabilmenin takipten ayrı bir şey olduğu ifade edilmiş olmaktadır ki, doğru olmıyan da budur. Bir suç için kanun şikâyet şartını arıyorsa, şikâyet olmadan takibat yapılamaz ve fail cezalandırılamaz. Takip cezalandırmanın ilk safhasıdır. Takibin sonunda sanığın suçu işlemediğinin anlaşılması, onun haksız olarak cezalandırıl-

---

[224] CARNELUTTI : *Lezioni*, s. 228.

masına başlandığının anlaşılması demektir. Tevkifin cezaya mahsup edilmesi de göstermektedir ki, gayede olmasa bile neticede, tevkif önceden verilmiş bir cezadan başka bir şey değildir.

Bir çok mülliflerce takip şartı diye kabul edilen şikâyet, talep gibi şartları haricî kurucu şartlar (condizioni costitutive estrinseche) arasında sayan Carnelutti, fikirlerinin silsilesini şöyle devam ettirmektedir [225] : Öyle zararlı veya tehlikeli neticeler vardır ki, bunların cezalandırılması, dahilî kurucu şartlarda olduğu gibi, tehlikenin artmasına değil, fakat cezalandırmanın uygun düşüp düşmiyeceğini gösteren bir alâmet olmak üzere, başka mahiyette bir fiile bağlı tutulmuştur. Suçun zararı, sadece mağdura yapılan fenalık değildir. Ceza dâvasının sebep olduğu masraf ve içtimaî sarsıntı da hesaba katılmalıdır. İşte suçun cezalandırılmasının fayda ve mahzurları karşılaştırıldığı zaman bazan mahzur daha fazla görülür ve dâva açılması uygun bulunmaz. Suçun mahiyeti, ağırlığı, yeri bakımından bazan tereddüt edilir ve bu tereddüdün halledilmesi bir şartın tahakkukuna bağlı tutulur. Görülüyor ki mesele uygunluk (convenienza) meselesidir. Haricî kurucu şartlar ya faile, ya mağdura taallûk eder. Hariçte işlenen suçların faillerinin memlekette bulunması birinci, mağdurun şikâyeti ikinci grupa dahil şartlardandır. Bunlar suçun kurucu şartlarından oldukları için, mevcut olmadıkları zaman suç da teşekkül edemez.

Bazı şartların hem cezalandırılabilme, hem de takip şartı olabileceğini kabul eden muhtelit vasıf nazariyesi taraftarlarını (n. 159) da, o şartlara münhasır olmak üzere şartlar arasında tefrika lüzum görmiyenler arasında saymamız mümkündür.

161 — Cezalandırılabilme şartlarını takip şartlarından ayırmada kıstas lüzumu.

Cezalandırılabilme ve takip şartlarını ayrı ayrı müessese olarak kabul edenlerden bir çokları herhangi bir kıstasa başvurmağa lüzum görmeden şu veya bu şartın cezalandırılabilme veya takip şartı olduğunu söylemişlerdir. Bizce, delilsiz olan bu fikirler, mücerret bir iddiadan başka bir şey değildir. Biz, kıstas araştırmanın ve kabul edilecek kıstasa göre hüküm vermenin daha rasyonel bir hareket olacağı kanaatindeyiz.

Bir kıstas kabul etmek suretiyle meseleyi halletmek istiyenler de çeşitli kıstaslar ileri sürmüşlerdir. Bu müellifleri, kıstaslarını müsbet hukuktan alıp almadıklarına göre iki grupta mütalâa etmek mümkündür.

[225] CARNELUTTI : *Lezioni*, s. 231.

162 — Müsbet hukuka dayanan kıstaslar.

Bazı müellifler, cezalandırılabilme şartlarını takip şartlarından ayırt etmek için müsbet hukuka bakmakla iktifa etmişlerdir :

a) Bazı İtalyan müellifleri, İtalyan Ceza Kanununun zamanaşımı hakkındaki 158 inci maddesinin ikinci fıkrasını ele almışlardır. Evvelce de işaret ettiğimiz gibi (n. 159) bu fıkrada zaman aşımı süresinin cezalandırılabilme şartının tahakkukundan başlıyacağı, bununla beraber şikâyet, talep ve müracaat üzerine cezalandırılabilen suçlarda zamanaşımının suçun işlendiği günden itibaren başlıyacağı yazılıdır. İşin garibi, ayni maddeyi kıstas olarak alanların tamamen zıt neticelere varmış olmalarıdır. Filhakika meselâ Sabatini [226] ve Pannain [227], 1930 İtalyan Kanununun cezalandırılabilme şartlarını maddî ceza hukuku müessesesi olarak kabul ettiği fikrindedirler ve bu maddede şikâyetten, talepten bahsolunmasını, bunların da cezalandırılabilme şartı olmasının delili saymaktadırlar. Buna mukabil meselâ Antolisei [228], Battaglini [229] Ranieri [230] ayni maddeye dayanarak şikâyetin usulî bir müessese olduğunu söylemektedirler. Battaglini bu maddenin ikinci fıkrasındaki iki cümleyi birbirine bağlıyan, bununla beraber «nondimeno» kelimesinin yersiz olduğunu iddia etmekte, Ranieri işlenmiş suçtan bahsolunmasından suçun daha önce tamamlanmış olduğu mânasını çıkarmaktadır.

b) Bazı müellifler de neticede verilecek kararı tesbit eden kanun hükümlerini kıstas olarak kabul etmişlerdir. Almanyada von Liszt [231] ve von Hippel [232]'in de dahil olduğu hâkim görüş budur. Bu görüş, Alman Ceza Kanununun 61 inci maddesinde *takibi* şikâyete bağlı suç denilmiş olmasına ve bilhassa Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun, bizim 253 üncü maddemize tekabül eden, 260 ıncı maddesinin esas hakkında karar verilmeyip muhakemenin tatiline karar verilmesi gerekeceği hükmünü koymuş bulunmasına dayanmaktadır.

İtalyada da Ranieri [233] ve Bettiol [234], neticede tatil gibi

---

[226] SABATINI : *Istituzioni*, c. I, s. 260.

[227] PANNAIN : *Manuale*, s. 278.

[228] ANTOLISEI : *Manuale*, s. 384.

[229] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 214.

[230] RANIERI : *Diritto penale*, s. 144.

[231] V. LISZT : *Traité*, s. 286.

[232] V. HIPPEL : *Manuale*, s. 210.

[233] RANIERI : *Diritto penale*, s. 276.

[234] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 452.

tamamen usulî bir karar verilmesi gerekiyorsa, usulî bir müessese bahis mevzuudur, demektedirler. Keza muhtelit vasıf taraftarlarından Pannain de, şikâyetin mevcut olmaması sebebiyle mahkemece verilen ademi takip kararının [235], kat'ileşse dahi, ayni fiilden dolayı ayni kimse hakkında tekrar dâva açılmasına mani olmıyacağı, ayni hükmün bir başka takip şartının tahakkuk etmemesi sebebiyle verilmiş olan ademi takip kararları hakkında da carî olacağı hakkındaki İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 27 nci maddesine dayanmakta ve bu şartların maddî hukuk müesseseleri olmaları mahiyetinden tamamen müstakil olarak, sadece bir usul hukuku müessesesi olmaları bakımından bu maddenin sevkedilmiş olduğunu söylemektedir [236].

Mirto da, *kanuna uygun olarak açılmış ceza dâvası* (azione penale legalmente costitutiva) ile *kanunen esaslı olan ceza dâvası* (azione penale legalmente fondata) arasında fark görmekte ve açılma şartları yoksa usulî karar verildiği halde, dâvanın esaslı olduğu anlaşılırsa mahkûmiyet, esassız olduğu anlaşılırsa beraat hükmü verilir demekte ve bu suretle verilen karara göre bir tefrik yapmaktadır [237].

163 — Müsbet hukuk dışındaki kıstaslar.

Bazı müellifler de müsbet hukuk çerçevesi dışına çıkarak, cezalandırılabilme şartları ile takip şartlarını ayırdedecek kıstası aramışlardır. Bir şartın cezalandırılabilme veya takip şartı olması, netice itibariyle onun maddî ceza hukukuna veya şeklî ceza hukukuna, yâni ceza usul hukukuna taallûk etmesi demek olduğu için, şartları birbirinden ayırmada kullanılacak olan kıstasın, bu iki ceza hukuku dalını birbirinden ayıracak kıstas olması icap etmektedir.

a) Bir fikre göre cezalandırılabilme şartı ile takip şartı arasındaki fark, cezalandırmak sübjektif hakkı ile ceza dâvası hakkı arasındaki farkla izah edilmektedir.

---

[235] İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulüne göre suç düşmüş ise veya ceza dâvasının açılmaması veya devam etmemesi gerekiyorsa, hâkim ademi takip kararı (sentenza di non doversi procedere) verir (m. 479). Görülüyor ki, bu ademi takip kararı, bizim düşme ve tatil kararlarımıza ve düşme kararını kabul etmemiş olan Almanların tatil kararlarına tekabül etmektedir.

[236] PANNAIN : *Manuale*, s. 276.

[237] MIRTO : *Le formule processuali negative dell'azione penale in rapporto alla dottrina degli elementi del reato.* Annali, 1942, s. 521.

Grispigni hülâsa olarak diyor ki [238] : Suçun tahakkuku ile bir hukukî münasebet meydana gelir. Bu münasebet Devlet ile fert arasındadır. Hukuk normları münasebetintarafları bakımından vazife ve iktidar yarattıkları için burada da bir vazife ve iktidar bahis mevzuudur. Suçtan doğan bu hak *Devletin cezalandırmak sübjektif âmme hakkı* (diritto pubblico soggettivo dello Stato di punire) dir. Bu hak «Devletin suç işliyen şahsa ceza vermek ve ondan, objektif hukukun tesbit ettiği kaideler dahilinde cezaî kaza uzuvları tarafından hukukî varlıklarının tahdit edilmesine boyun eğmesini istemek salâhiyeti» dir.

Suçun tahakkukiyle birlikte cezalandırmak sübjektif hakkı doğmakla beraber, idare - devlet, ceza verebilme iddiasının esaslı olduğu cezaî kaza uzuvları tarafından teyit edilmeden önce, cezayı tatbik etmeğe mezun değildir. İşte, cezaî kaza kuvvetinin bu müdahalesi zaruretidir ki, cezalandırmayı, hakikî idarî faaliyetlerden ayırdeder. Âmme menfaati mülâhazasiyle objektif hukukun kabul ettiği, ceza verebilme iddiasının esaslı olduğunun tesbiti safhasından husule gelen münasebet de, *ceza usulüne ait hukukî münasebet* (rapporto giuridico processuale penale) dir. Bu münasebetin kurulmasını tayin eden, ceza dâvasının harekete gelmesidir. İşte *âmme dâvası hakkı* (diritto di azione pubblica) «müşahhas hallerde idare - devletin, ceza verebilme iddiasının esaslı olduğunun teyit edilmesi için kaza kuvvetinin müdahalesini istemek salâhiyeti»nden ibarettir.

Bu hülâsanın da hülâsası şudur ki, cezalandırmak sübjektif hakkı ile ceza dâvası hakkı birbirinden müstakil iki haktır.

b) Bir başka fikre göre, cezalandırılabilme şartı *hukukî fiil* (fatto giuridico), takip şartı ise *hukukî muamele* (atto giuridico) dir. Bu kıstası, ceza dâvasiyle alâkalı olup olmamak kıstasiyle birlikte ileri sürmüş olan Delitala [239]'ya göre, cezalandırılabilme şartları, suç üstü yakalanmada olduğu gibi, hem dâva ile alâkalı değildir, hem de hukukî fiildir. Buna mukabil, takip şartları hakikî hukukî muamelelerdir ve ceza dâvası ile yakından alâkalıdır. Bu şartlar, ceza dâvalarının kanunîliği prensibinin, maslahata uygunluk mülâhazalariyle kabul edilmiş istisnalarını teşkil eder, zira dâvanın açılması, üçüncü şahısların irade izharlarına bağlı tutulmuştur.

---

[238] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. I, s. 285 - 304.

[239] DELITALA : *Il fatto nella teoria generale del reato*, s. 106 (Musotto'dan naklen : *Le condizioni...* s. 26).

c) Bir diğer fikre göre de, cezalandırabilmenin mücerret veya müşahhas olmasına göre mesele halledilmelidir. Florian'ın [240] fikirlerini şöyle hülâsa edebiliriz :

Her suç, mücerret şeklinde, cezalandırılır. Bu statik bir cezalandırılabilmedir. Fakat müşahhas olarak cezalandırılabilir olması için iki şart lâzımdır. Bunların birincisi, bir kimse tarafından kanunda mücerret surette gösterilmiş olan suçun işlenmesidir, ikincisi de Devletin o suçun tahkik ve tecziyesi için ceza dâvası açmak suretiyle harekete geçmesidir. Devletin elinde olan ceza dâvasının, başkasının iradesine bağlı olması halinde suçun bünyesi değişmiş değildir. O suç yine, diğerleri gibi, mücerret bir şekilde cezalandırılabilen bir fiil olmakta devam eder ,fakat ceza dâvası açılmadıkça müşahhas bir şekilde cezalandırılamaz. Hangi fiil suçtur ve ceza bakımından hukukî neticeleri nelerdir sualinin cevaplarını veren hükümler, maddî ceza hukukuna dahildir. Ceza hukukunu hâdiselere uydurmak, suçları ve faillerini tahkik eylemek, cezaları ve buna benzer müesseseleri tatbik etmek konulmuş kaideler hangileridir sualinin cevapları da usul hukukunun mevzuuna giren kaideleri gösterir.

ç) Bir fikre göre de eğer şart, suçun cezalandırılabilmesine taallûk ediyorsa maddî hukuk şartıdır, buna taallûk etmeyip sadece dâvanın açılmasına veya devamına mani oluyorsa bu takdirde usul hukuku şartıdır. von Liszt [241]'in, Maggiore [242] ve Musotto [243]'nun benimsedikleri fikir budur. Maamafih Musotto cezalandırılabilmeyi, ceza iddiası (pretesa punitive) olarak da ifade etmektedir [244]. Bütün unsurlariyle teşekkül etmiş bir suça Ceza Kanununun tatbikine mani olan sebepleri maddî ceza hukukuna dahil sayan [245] Erem de, bu grupta sayılabilir.

d) İleri sürülen bir kıstas da cezaî himayenin mevzuundan ibarettir. Meselâ Moro, cezaî nizam bir menfaatin himayesini, bir ferdin irade izharına tâbi tutmuş ise maddî hukuk meselesi bahis mevzuudur, demektedir [246]. Bettiol da cezaî himaye mevzuu kıstasını kabul etmiştir.

---

[240] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 120; c. II. s. 1104.

[241] V. LISZT : *Traité*, s. 286.

[242] MAGGIORE : *Diritto penale*, c. I, s. 213.

[243] MUSOTTO : *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 26.

[244] MUSOTTO : *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 33.

[245] EREM : *Türk Ceza Hukuku*, s. 93.

[246] MORO : *La subiettivazione della norma penale*, 1942, s. 74. (Bettiol'dan naklen : *Diritto penale*, s. 142).

Fakat şikâyet bahsinde iki müellif aykırı neticelere varmışlardır. Moro şikâyeti, menfaatin himayesi ile alâkalı bulduğu halde, Bettiol mağdurun muvafakatinde, cezaî himaye mevzuu kalmadığı sebebiyle maddî hukuk, fakat şikâyette usulî hukuk mahiyeti görmektedir. Bunun da sebebini şöyle izah etmektedir : Himaye edilen menfaat ihlâl edilmiş olması sebebiyle artık himaye bahis mevzuu değildir. Sadece, ceza dâvasiyle alâka vardır. Ceza dâvasının açılmasının muhtemel zararları ile suçtan doğan zararlar karşılaştırılmakta ve neticeye göre şikâyet ya edilmekte veya edilmemektedir. Bu itibarladır ki şikâyet, bir usul hukuku müessesesidir [247].

e) Bir fikre göre de, şartın fiildeki zarar verme imkânına yabancı olup olmadığına bakmalıdır. Maddî ceza hukuku ile şeklî ceza hukuku arasındaki farkın, *cezalandırmak hakkı* (Srafausspruch, diritto punitivo) ile *ceza dâvası* (Strafklage, azione penale) arasındaki farkta kendini gösterdiğini, bir tarafta cezalandırma iddiası mefhumu, diğer tarafta bu iddianın adlî uzuvlar marifetiyle tahkik ve teyidi mefhumu bulunduğunu, cezalandırmak iddiasının doğmasını, değişmesini ve düşmesini tanzim eden hükümlerin maddî ceza hukuku kaideleri olduğunu, fertlerin ve Devlet uzuvlarının cezaî usul münasebetini gerçekleştirmek, değiştirmek ve düşürmek üzere yaptıkları faaliyeti tanzim eden kaidelerin de ceza usul hukuku kaidelerini teşkil ettiğini söyliyen Vannini, maddî ve usulî ceza hukuku arasındaki farkın belirtilmesi için şartın taallûk ettiği hususun, fiildeki zarar verme imkânı (potenzialità lesiva del fatto) olup olmadığına bakmaktadır. Eğer bir şart, fiilin zarar verme imkânını belirtiyorsa, cezalandırılabilme şartıdır. Bu şartlar, fiilin zararlı inkişafını gösterirler. Eğer şart ile fiilin zarar verme imkânı arasında bir alâka yoksa, hariçte işlenen suçların failinin memlekette bulunmasında olduğu gibi, takip şartıdır [248].

Maamafih ilâve edelim ki, Vannini takip şartlarının dahi, cezalandırma münasebetinin doğumu veya fiilin cezalandırılabilir olması için bir şart olduğunu söylemekte, fakat onların doğrudan doğruya tesirlerinin maddî hukuk yâni suç sahasında değil, usulî sahada görüldüğünü belirtmektedir [249].

---

[247] BETTIOL : *Diritto penale*, s. 142.

[248] VANNINI : *Manuale*, s. 13,70.

[249] VANNINI : *Manuale*, s. 69.

164 — Kanaatimiz.

I. Cezalandırılabilme ve takip şartlarının ayırdedilmesinin doğru olmadığı, bunların ayni madalyanın iki yüzünü teşkil ettikleri fikri (n. 160) kanaatimizce hatalıdır. Kanaatimizce cezalandırılabilme şartlarının, dâvavaya da mani olmaları hasebiyle, iki yüzü olduğu söylenebilirse de takip şartları, yalnız bir yüzlüdür. Filhakika cezalandırılabilme şartları suçun mevcudiyeti bakımından hüküm ifade ettiği zaman —ki bunların doğrudan doğruya tesiri bu bakımdandır— maddî ceza hukuku müesseseleridir. Fakat bunlar suçun teşekkülüne mani oldukları için, dolayısiyle dâva açılmasına da, şayet yanlışlıkla açılmışsa yürütülmesine de mani olurlar. Bu dolayısiyle tesirleri bakımından da usulî ceza hukuku müessesesi addolunabilirler. Fakat bazı şartlar da vardır ki, sadece ve doğrudan doğruya takip bakımından hüküm ifade ederler. Suçun teşekkülü ile alâkalı değildir. Bu farklı tesirleri sebebiyledir ki, bir şartın, cezalandırılabilme şartı mı, takip şartı mı olduğunu gösterecek kıstasın bulunması lâzımdır.

II. Kanaatimizce, bir suç nazariyesinde cezalandırılabilme şartını, takip şartından ayıracak kıstas, müsbet hukuka bakmakla (n. 162) elde edilemez. Müsbet hukuk, kanun koyucunun şu veya bu görüşten hareket etmesine göre değişir. Fakat bir müessesenin mahiyeti, onun hakikî mevcudiyeti, şu veya bu kanunda yer almasına veya kanun koyucunun şöyle veya böyle telâkki etmesine göre değil, sistem içindeki yerine ve diğer hukukî müesseselerle münasebetine göre tayin edilir. Suç nazariyesinin kanun koyuculara yol gösterme vazifesini ifa edebilmesi, müsbet hukukun üstüne çıkabilmesi ile mümkün olur (n. 3). Suç nazariyesi sağlam bir sistem kurabilmiş ise, onu benimsiyecek olan kanun koyucu da şu veya bu müesseseyi cezalandırabilme veya takip şartı olarak kabul eyler ve hükümlerini de ona göre sevkeder. Zaten müelliflerin ayni kanuna dayanarak ayrı ayrı neticelere varmış olması da bu görüşümüzü teyit etmektedir.

İlâve edelim ki, müsbet hukuk kıstasının ehemmiyeti hiç yok da değildir. Tatbikatta, bir şartın mahiyetinde tereddüt edildiği zaman, varsa ve kat'î ise, müsbet hukuk kıstasına başvurmak lâzım geleceği şüphesizdir.

II. Usul kanunu hükümlerine göre verilecek kararın farklı olmasından şartların mahiyetini istihraç etmek fikri, müsbet hukuka dayanması bakımından, yukarıki tenkitlere muhatap olmakla beraber, üzerinde ayrıca durmayı gerektirmektedir.

Meselâ şikâyet şartı tahakkuk etmediği zaman, son tahkikatta duruşmanın tatiline karar verilecektir (CMUK 253). Bunun sebebi âşikârdır. Şikâyetin yapılması için kanun bir müddet tayin etmiştir. Failin cezalandırılması için de şikâyetin yapılması şart koşulmuştur. Eğer bu şart tahakkuk etmemiş ise, beraat veya düşme gibi işin esasını hal eden bir hüküm vermeğe imkân yoktur. Çünkü mağdura tanınan şikâyet hakkı henüz, müddet geçmesiyle, düşmüş değildir. Müddetin sonuna kadar beklemek lâzımdır. Bu itibarladır ki, muvakkat mahiyette olan, son doruşturmaya değil, fakat yalnız duruşmaya son veren tatil kararı verilmektedir. Karar zamanı, şikâyet müddeti geçmiş bulunuyorsa, bu takdirde takip şartı kat'î olarak tahakkuk etmemiş olduğundan ceza vermek hakkı düşmüştür ve cezalandırılabilen bir fail mevcut değildir. Ceza verilmediğine göre, kaide olarak beraat kararı verilmesi icap ederdi. Fakat verilecek karar ile niçin ceza verilmediğini belirtmekte bir fayda görmek mümkündür. Nitekim unsurlarının yokluğu sebebiyle suç mevcut olmadığı için ceza verilmediği zaman beraate, ceza vermek hakkı düşmesi sebebiyle ceza verilemediği zaman da Almanyada olduğu gibi tatile [250] veya bizde olduğu gibi düşmeye hükmolunacağın kabul edilmiştir. Bizim eski usul kanunumuzda bu son halde ademi mesuliyet kararı verilmekteydi. Fakat hüküm ve kararlar arasındaki bu fark, olsa olsa kanun koyucunun bazı şartları dâva açılmasına muvakkaten veya müebbeden mani olan haller olarak kabul ettiğini gösterir. Bunun sebebini izah etmez. Kıstası araştırmak ise, sebebi araştırmak demekmektir.

Bu münasebetle, usul kanunumuzun 253 üncü maddesinin islaha muhtaç olduğunu belirtmemiz de lâzımdır. Hüküm ve karar tefrikine nihayet verilmesi de düşünülebilir [251]. Fakat tefrikin yegâne sebebi kanun yolu farkı olmadığı için, her ikisi hakkında temyiz kabiliyeti kabul edilmekle beraber, tatil halinde yeniden dâva açılabilmesi imkânını belirtmek üzere (karar) denilerek bu imkânı vermiyen hükümlerden ayırdetmek, şikâyet müddeti geçmiş ise düşme hükmü verileceğini tasrih eylemek de hem mümkün, hem de faydalıdır. Kanaatimizce, mahiyeti itibariyle muvakkat olan tatil kararını, ya cezalandırılabilme

[250] Düşme hükmünü kabul etmemiş olan Almanyada, tatil kararı ile tatil hükmü arasında fark gözetilmesinin sebebini, kanaatimizce, bu noktada aramak lâzımdır.

[251] TANER : *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi için hazırlanan öntasarıya ait mütalâalar.* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1948, I - II, 119.

şartlarının henüz tahakkuk etmemiş olması, fakat tahakkuk imkânının mevcut bulunması veya takip şartlarının dâvanın açılmasına veya yürütülmesine mani olan henüz tahakkuk eylememiş olması hallerine tahsis etmelidir. Hattâ, böyle bir tatbik tarzına, maddenin bugünkü şeklinde dahi, kıyas yoliyle varmak mümkün olacağını düşünüyoruz. Meselâ mektubun rıza hilâfına işaası (CK 197) veya resmî varaka tanzimi sırasında yalan beyanat (CK 343) suçlarında henüz zarar husule gelmemiş olması, fakat husule gelmesi imkânının mevcut bulunması veya hariçte işlenen suçlarda sanığın Türkiyede olmaması (CK 5, 6) hallerinde şayet beraat kararı verilirse, korkulan zarar husul bulduğu veya sanık Türkiyeye geldiği zaman, kaziyei muhkeme sebebiyle, dâvanın yeniden açılamaması icap edecektir. Görülüyor ki henüz şikâyet yapılmamış olduğu zaman tatil (durma) kararı verilmesini kabule saik olan sebep, burada da aynen mevcuttur ve tereddütlere meydan vermemek üzere, 253 üncü maddenin (cezalandırılabilme veya takip şartı henüz tahakkuk etmemiş ise ve tahakkuk etmesi muhtemel ise tatil kararı verilir) şeklinde tashihi ve aksi hallerde tatil hükmü değil, düşme kararı da değil, düşme hükmü verileceğini açıklar şekilde tavzihi doğru olacaktır.

İlk tahkikatta, ayni vaziyetin tahakkuku halinde de, dâvanın durmasına (tatiline) karar verilmek lâzımdır. Kanun böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen kıyas yoliyle böyle bir karar vermeğe imkân olduğu kanaatindeyiz. Nitekim, Yargıtay da bu yolda içtihat etmektedir [252]. Şikâyetin geri alınmış veya şikâyet müddetinin geçmiş bulunması halinde ise, düşme kararı verilmesi gerek kanuna ve gerek karar bakımından 191 ve 253 üncü maddeler arasında fark olmadığını belirten tevhidi içtihat kararına [253] uygun olacaktır. Ayni suretle, cezalandırılabilme ve maddede zikredilmemiş olan sair takip şartlarının halen tahakkuku mümkünse tatil, tahakkuk etmiyeceği kat'î surette anlaşıldığı takdirde de düşme kararı verilmelidir.

Görülüyor ki müsbet hukuktan kıstas çıkarmak şöyle dursun, biz müsbet hukukun boşluklarını kıstasımızla doldurmak zaruretini duymaktayız.

IV. Biz de, cezalandırılabilme şartları ile takip şartlarını birbirinden ayırmak için müsbet hukuk dışında bir kıstas aramak lüzumuna kani bulunuyoruz. Bu lüzum, tekrar edelim, suç nazariyesi için olduğu ka-

---

[252] Yt 4.CD : 20/3/1945, 3340 - 3004 (*Yargıtay Kararları, 1945*, s. 62).

[253] YtİBGk : 12/11/1941, Karar 29 (*İçtihadı Birleştirme Kararları 1930 - 47*, s. 96).

dar tatbikat için de vardır. Mahkeme kararlarının isabetli olması, içtihatlariyle kanunun boşluğunu dolduracak olan mahkemelerin elinde esaslı bir kıstasın bulunmasına bağlıdır. Aksi takdirde, iş tesadüfe kalır, hata ihtimali daima mevcuttur.

İlk önce, ileri sürülmüş olan kıstasları (n. 163) tetkik edelim :

a) Cezalandırılabilme şartlarının cezalandırmak hakkına, takip şartının ceza dâvası hakkına taallûk ettiği fikri kanaatimizce kabule şayan değildir. Filhakika bu fikir, cezalandırılabilme ile cezalandırmanın farklı şeyler olduğunu ihmal etmekte, buna mukabil cezalandırmak hakkı ile ceza dâvası arasında, mevzuumuza tesiri olmıyan bir farkı ön plâna almaktadır. Bizce, suçun normla tesbiti sırasında cezaî müeyyidesinin konulması mânasına gelen cezalandırılabilme başka şeydir, suç tipinde tesbit edilen fiili işliyen kimseyi, Devletin cezalandırması hakkı yine başka şeydir (n. 122, I). Her ikisi de maddî hukuka taallûk etmekle beraber, birisi fiile, diğeri failine taallûk eder. Devletin bir kimseye, ceza vermek hakkı, o kimsenin o suçu işlediği anda doğar. Bu hakkın doğması ise, fiilin cezalandırılabilir olmasını sağlıyan cezaî normun konulması sayesindedir. Birisi *fiilin cezalandırılabilmesdir,* dğeri *failin cezalandırılmasıdır.* Fiilin cezalandırılabilmesi suç nazariyesine, failin cezalandırılması suç ve ceza nazariyelerinin dışında kalan cezaî mesuliyet veya bir diğer söyleyişle suçlu nazariyesine taallûk eden bir mevzudur. Ceza vermek hakkının kullanılması demek olan takip hakkı ise usul hukukunun mevzuuna girer.

Cezalandırılabilme ile cezalandırma farklı şeyler olunca, cezalandırma hakkı ile bunun kullanılması arasındaki farka dayanılarak cezalandırılabilme şartları ile takip şartlarının ayırdedilmesine imkân olmadığı tezahür eder.

b) Hukukî fiil - hukukî muamele kıstası da kabul olunmamalıdır. Cezalandırılabilme şartlarının büyük bir ekseriyetinin hukukî fiil olması, takip şartlarında bariz vasfı hukukî muamele olmaklık teşkil etmesi bu kıstasın kabulünü haklı gösterecek mahiyette değildir. Nitekim iradî olarak tahakkuk ettirilen cezalandırılabilme şartlarının mevcut olabileceğini görmüş bulunuyoruz. Kaldı ki, Musotto'nun da işaret ettiği [254] gibi, bu kıstas, iki çeşit şart arasındaki mahiyet farkını belirtmemektedir.

c) Cezalandırılabilmenin mücerret veya müşahhas olması kıstası da müphemdir. Bir kere fiilin cezalandırılabilmesi, ancak mücerret olabilir.

---

[254] MUSOTTO : *Le condizioni obiettive di punibilità,* s. 28.

Müşahhas olan, fiilin cezalandırılabilmesi değil, failin cezalandırılmasıdır, Devletin ceza vermek hakkına malik olmasıdır. Şu halde mesele cezalandırılabilme ile cezalandırma farkına irca edilmiş olmakta, fakat bu hususta kat'î bir kıstas gösterilmemiş bulunmaktadır.

ç) Bir şartın, cezalandırılabilmeye ve ceza dâvasına taallûk edişine göre cezalandırılabilme veya takip şartı olduğunu anlamak fikri de ayni sebeple kıstas göstermemekte, meseleyi halletmemektedir.

d) Cezaî himaye mevzuuna bakmak fikrinde, elle tutulur ilk kıstasa rastlamış bulunmaktayız. Belli fiillerin ceza tehdidi altına konulmasının gayesi, belli menfaatleri korumak olduğuna göre, cezalandırabilmenin bahis mevzuu olup olmadığını anlamak için himaye mevzuuna bakmak doğru bir harekettir. Fakat güçlük, ne vakit himaye mevzuunun mevcut olduğunu tayindedir. Şikâyetin, bir menfaatin himayesinin ferdin irade izharına tâbi tutulması şeklinde anlaşılmış ve ayni kıstasla farklı neticelere varılmış bulunması da göstermektedir ki, himaye mevzuu tâbiri çok geniş olarak anlaşılmak mahzurundan ârî değildir.

e) Şartın fiildeki zarar verme imkânına yabancı olup olmaması fikrine, birazdan arzedeceğimiz sebeplerle, biz de iltihak ediyoruz. Fakat bu fikri müdafaa eden Vannini'nin bu kıstası, cezalandırmak hakkı ile ceza dâvası arasındaki farkı izah için ileri sürmüş olmasını kabul etmediğimizi belirtmek isteriz. Evvelce de arzettiğimiz sebeplerle (n. 122, I; 164, II, a) biz farkın cezalandırılabilme ile cezalandırma arasında olduğu kanaatindeyiz. Cezalandırılabilme varsa failin tipte gösterilen fiili işlemesiyle Devletin cezalandırmak hakkı (eğer fail cezalandırılabilen bir kimse ise, yâni cezaya ehil ise) kendiliğinden doğar. Bazı sebeplerin doğmuş olan bu hakkı sonradan düşürmelerinin mevzu ile alâkası yoktur. Şu halde bütün mesele cezalandırılabilme ile cezalandırma hakkının kullanılması arasındadır. Bir şartın cezalandırılabilmeye mi, yoksa cezalandırma hakkının kullanılmasına mı taallûk ettiğini aramak lâzım gelmektedir.

V. Cezlandırılabilme şartlarının mevcudiyetini, suç unsuru fiilin ağırlığının cezalandırılabilmeyi gerektirip gerektirmediği hususunda kanun koyucunun tereddüde düşmüş olmasiyle izah etmiş bulunuyoruz (n. 136, III). Kanun koyucu tereddüdünü yenmek için işi bir şarta talik etmiştir. Eğer filân şart da tahakkuk ederse o zaman bu fiil, cezayı gerektirecek derecede ağırdır, cemiyete aykırıdır, demiştir. *Cezalandırılabilme şartı, suç unsuru olan fiilin yâni hareket ve netice unsurlarının ağırlığını belirtmek için konulduğuna göre, eğer bir şart, fiilin ağırlı-*

ğını gösteriyorsa, cezalandırılabilme şartıdır. Aksi takdirde bir takip şartıdır, cezalandırılabilme şarta talik edilmediği için fiilin müşahhas olarak işlenmesiyle faile ceza vermek hakkı doğduğu bellidir, ancak bu hakkın ceza dâvası açılmak şeklinde kullanılması bahis mevzuudur.

Bu kıstasın tatbiki neticesinde hangi şartların cezalandırılabilme şartı sayılacağını, hangilerinin takip şartı addedileceğini ilerde göreceğiz (n. 166, 167).

9. §

CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARINA MİSALLER

165 — Objektifliğin zarurîliği, kâfiliği ve fiilin ağırlığını belirtme kıstaslarına göre cezalandırılabilme şartlarına misaller, 166 — Objektifliğin zarurîliği ve kâfiliği kıstasına göre suç unsuru - neticelere misaller, 167 — Fiilin ağırlığını belirtme kıstasına göre takip şartlarına misaller.

165 — Objektifliğin zarurîliği ve kâfiliği ve fiilin ağırlığını belirtme kıstaslarına göre cezalandırılabilme şartlarına misaller.

Cezalandırılabilme şartlarının nelerden ibaret bulunduğunun doktrinde ihtilâflı bir mesele olduğuna her vesile ile işaret etmiştik. Şimdiye kadar suç neticesinden ve takip şartlarından ayırmak için elde ettiğimiz objektifliğin zarurîliği ve kâfiliği kıstası ile fiilin ağırlığını belirtme kıstasını tatbik etmek suretiyle cezalandırılabilme şartı olduğuna kanaat getirdiklerimizden bazılarını, misal olmak üzere, sıralamakla iktifa edeceğiz.

1 — Yabancı devlet aleyhine asker toplamak veya diğer hasmane hareketlerde bulunmak suçunda (CK 128/2) yabancı devlet ile münasebetin bozulması tehlikesinin veya Türkiye Devletinin veya Türk vatandaşlarının mukabelei bilmisle maruz kalmaları tehlikesinin doğması[255].

2 — Yabancı memlekette Devlet işini görmeğe memur edilen kimsenin vazifesini sadakatle yapmaması suçunda (CK 138/3), millî menfaatlere zarar gelebilmesi tehlikesinin doğması.

3 — Devletin dahilî vaziyeti hakkında yabancı memlekette asılsız, mübalâğalı veya maksadı mahsusa müstenit havadis veya haber neşretmek suçunda (CK 140) Devletin hariçteki itibar veya nüfuzunun kırılması tehlikesinin doğması.

[255] Bu suçta harp tehlikesinin doğması veya tehlikeli neticeden zararlı neticeye geçilmesi şartları cezayı ağırlatma şartları olarak sayılmıştır.

4 — Harp esnasında asılsız, mübalâğalı veya maksadı mahsusa müstenit havadis veya haberler yapmak suçunda (Ck 161/1), âmmenin telâş ve heyecanını mucip olabilmesi, halkın maneviyatını kırabilmesi veya düşman karşısında memleketin mukavemetini azaltabilmesi tehlikesinin doğması.

5 — Harp zamanında kambiyoların tedavül kıymetini düşürmeğe veya resmî veya hususî kıymetli evrakın piyasası üzerinde bir tesir yapmağa matuf hareketler suçunda (CK 161/4) düşman karşısında milletin mukavemetinin tehlikeye maruz kalması tehlikesinin yaratılması.

6 — Mektup veya telgrafın gönderenin rızası hilâfına neşir ve ifşası suçunda (CK 197), bu yüzden bir zararın husule gelmesi.

7 — Devlet mallarını mürakabe ve teftiş vazifesini ihmal suçunda (CK 204) zimmet vukuuna sebebiyet verilmiş olunması.

8 — Memuriyetin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerde bulunmak suçunda (CK 228/2), bir şahsın kanun hükmüne veya hükûmetin emirlerine itaat etmemesine sebebiyet verilmesi.

9 — Resmî evrakta sahtekârlık suçunda (CK 339), umumî veya hususî bir zarar husule gelmesi [256].

10 — Resmî varaka tanzimi sırasında yalan beyanatta bulunmak suçunda (CK 343) umumî veya hususî bir mazarrat tevellüt edebilmesi tehilkesinin doğması [257].

11 — Hususî evrakta sahtekârlık suçunda (CK 345), umumî veya hususî bir mazarrat tevellüt edebilmesi tehlikesinin doğması [258].

---

[256] Bu cürme teşebbüs olmıyacağına dair Yargıtay Kararları mevcuttur. Tahrifat bariz ise, bir tehlike doğmadığından teşebbüs halinde dahi kalmış bir suç bahis mevzuu olmadığına karar verilmiştir: Yt 1.CD: 9/10/1936, 1000 - 1561. (*Temyiz Kararları 1936*, s. 208).

[257] Bu cürme teşebbüs olmıyacağına dair de Yargıtay Kararları vardır: Yt 4.CD: 29/9/1936 (neşredilmemiştir); Yt CGk: 26/2/1943, 16 - 17, (EREM: *Gerekçeli TCK*, 2. bası, s. 361); Yt 4.CD: 7/12/1945, 11157 - 11550 (neşredilmemiştir). Aksine ve hatalı kararlar da yok değildir. Husulü meşrut zararın fiilin tekemmülü halinde bahis mevzuu olacağına, teşebbüs derecesinde kalan fiilden dolayı zararın tahakkuk ettiğinin aranmasına mahal olmadığına karar verilmesinde olduğu gibi. Yt 4.CD: 12/1/1945, 253 - 519 (*Yargıtay Kararları, 1945*, s. 48).

12 — Resmî damgalı ölçü ve tartıların taklit ve tağyiri suçunda (CK 360) umumî veya hususî bir zarar tevellüt etmesi.

13 — Su basmasına kasden sebebiyet suçunda (CK 373) başkasının malının tehlikeye maruz bırakılması.

14 — Su basmasına taksirli sebebiyet suçunda (CK 375), başkasının hayat ve malının tehlikeye konulması.

15 — Su bent ve setlerini tahrip suçunda (CK 376) bir tuğyan vesair musibetler tehlikesine meydan verilmesi.

16 — Deniz fenerlerini vesair işaretleri değiştirmek suçunda (Ck 379) bir geminin batması tehlikesine meydan verilmesi.

17 — Halkın içeceği sulara ve yiyeceği içeceği şeylere zehir katmak vesair suretle bunları bozmak suçunda (CK 394) umumun sıhhatinin tehlikeye düşürülmesi.

18 — Halka dağıtılmak veya parasız verilmeğe mahsus bilûmum yenecek ve içilecek şeylerin ve ilâçların tağşiş, tağyir veya taklidi suçunda (CK 395) bunları yiyen ve içenlerin sıhhatinin hakikî veya ağır surette ihlâl edilmesi tehlikesinin doğması.

19 — Yalan havadis neşir ve işaası suçunda (CK 401) umuma elzem olan erzak ve eşyanın nedretine veya fiyatının artmasına sebep olunması.

20 — Karı koca gibi geçinme suçunda (CK 441) bu şekilde yaşayışın herkesçe bilinebilmesi.

21 — Hayvanları ve arabaları fena idare suçunda (CK 565), bazı şahısların ve eşyanın emniyetinin tehlikeye girmesi.

166 — Objektifliğin zarurîliği ve kâfiliği kıstasına göre suç unsuru-neticelere misaller.

Objektifliğin zarurî ve kâfi olması kıstasını tatbik ettiğimiz zaman, bir çok müelliflerin cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettikleri bazı

---

[258] Bu şart tahakkuk etmeyince teşebbüs halinde dahi kalmış suç bahis mevzuu olmadığına dair kararlar vardır: Yt CGk: 1/11/1937, 176 - 195 (*Temyiz Kararları, 1937*, s. 123); 24/3/1941, 62 - 52, (*Yargıtay Kararları 1941 - 42*, s. 35).

neticelerin suç neticesi olduğu anlaşılmaktadır. Bunlara kısaca işaret edelim:

a) Taksirli suçlardaki netice, cezalandırılabilme şartı değildir. Bazı müellifler meselâ Altavilla[359], Del Giudice[360], Vannini [361], Massari [362] taksirli suçları, cezalandırılabilmesi şarta bağlı suçlardan saymaktadırlar. Biz, hâkim olan doktrinle birlikte, aksini düşünmekteyiz. Maamafih müelliflerin bazıları [363] bu kanaatlerini taksirli neticenin kusurluluk dışında olmaması, halbuki cezalandırılabilme şartlarının kusurluluk dışında bulunması ile, bazıları da [264] cezalandırılabilme şartlarına, hareket arasına sebebiyet alâkası bulunmaması gerektiği halde taksirli netice ile hareket arasında sebebiyet alâkasının mevcudiyeti ile, bazıları da [265] her iki sebeple izah ederler. Bizce bu şartlar ile failin hareketi arasında daima taksir arandığına ve bu ruhî alâka ayrıca derpiş edildiğine göre cezalandırılabilme şartı - netice değil, suç unsuru - netice bahis mevzuudur.

b) Başka kastlı suçlardaki netice de keza cezalandırılabilme şartı değil, suç unsurudur. Bu suçlarda da netice ile fail arasında başka suç kasdi şeklindeki ruhî alâkanın zarurî olması, bu neticelerin cezalandırılabilme şartı sayılmasına mani olmaktadır. Bu sebeple müessir fiil kasdiyle adam öldürmede (CK 452), ölüm, çocuk düşürme kasdiyle gebe olan kadını öldürme veya bedenî zararına sebep olma suçunda (CK 470) ölüm veya bedenî zarar neticeleri cezalandırılabilme şartı değildir.

c) İntihara ikna ve yardım suçunda ölüm neticesi de suç unsurudur. Bu noktada da doktrinde ihtilâf vardır. Bazıları [266] bu neticeyi

---

[259] ALTAVILLA: *Lineamenti*, s. 80.

[160] DEL GIUDICE: *Fondamento e condizioni di punibilità dei reati colposi*, s. 111, 255 (Pannain'den naklen: *Manuale*, s. 277).

[261] VANNINI: *Manuale*, s. 109.

[262] MASSARI: *Il momento esecutivo del reato*, s. 237.

[263] MAGGIORE: *Diritto penale*, c. I, s. 212; BATTAGLINI: *Diritto penale*, s. 177.

[264] PANNAIN: *Manuale*, s. 277.

[265] RANIERI: *Diritto penale*, s. 142; MUSOTTO: *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 89; SANTORO: *Teoria delle circostanze del reato*, 1933, s. 9.

[266] MUSOTTO: *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 20: MANZINI: *Trattato*, c. I, s. 430; SALTELLI ve ROMANO DI FALCO: *Commento*, c. I, s. 290; VANNINI: *Manuale*, s. 69.

cezalandırılabilme şartı, bazıları [267], suç unsuru addederler. Biz de bu suçu, kasden adam öldürmenin hususî ve hafifletilmiş bir şekli telâkki ediyor, netice ile fail arasındaki kasdın zarureti karşısında cezalandırılabilme şartı olmadığı kanaatine varıyoruz.

ç) Alacağım diye kandırıp kızlığı bozma suçunda (CK 423) kızlık bozulması neticesi de cezalandırılabilme şartı değildir. Zira bu netice ile fail arasında isteme (kast) ruhî alâkası mevcudiyeti zarurîdir. Bu itibarla suç unsuru bir netice karşısında bulunmaktayız.

Şikâyet süresinin kızlık bozmadan başlıyacağı hakkındaki içtihadı [268] bu itibarla doğru bulmaktayız (n. 152, II). Maamafih, kızlık bozmanın zar yırtılması şeklinde çok dar mânaya alınarak cinsî münasebete rağmen, bozulmıyan kızlık zarının doğumla yırtılması ânında suçu tamamlanmış gören ve şikâyeti bu andan başlatan içtihada [269], Prof. Dönmezer ile birlikte [270] iştirak etmediğimizi ve dühulün sabit olmasını kâfi gören, dühul olmadıkça, hattâ gebelik vukuuna rağmen, neticenin ve kasdın bulunmaması sebebiyle suçun bahis mevzuu olamıyacağına mütedair bulan kararı [271] tasvip ettiğimizi de bu vesile ile belirtmek isteriz.

167 — Fiilin ağırlığını belirtme kıstasına göre takip şartlarına misaller.

Fiilin ağırlığını belirtme kıstasını tatbik ettiğimiz zaman da aşağıdaki neticelerin cezalandırılabilme şartı olmayıp, takip şartı olduğu neticesine varmış bulunuyoruz :

a) Yabancı memlekette işlenen bazı suçların faillerinin Türkiyede bulunması şartı. Malûmdur ki meselâ Türk Ceza Kanununun beşinci maddesinde gösterilen ve yabancı memlekette işlenen bazı suçların faillerinin Türk kanununa göre cezalandırılması için failin Türkiyede bulunması lâzımdır. Bu şart doktrinde ihtilâflara yol açmıştır. Ekseriyete

---

[267] RANIERI : *Diritto penale*, s. 142; PANNAIN : *Manuale*, s. 278; MAGGIORE : *Diritto penale*, c. I, s. 212; ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 79.

[268] Yt CGk : 23/5/1938, 223 - 233 (*Temyiz Kararları*, *1938*, s. 73).

[269] Yt CGk : 11/7/1940, 131 - 136 (*Temyiz Kararları 1939 - 40*, s. 63).

[270] DÖNMEZER : *Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler*, c. I, 1945, s. 113.

[271] Yt 4.CD : 22/3/1939, 2490 - 595 (Köseoğlu : *Haşiyeli TCK*, *1949*, s. 481).

[272] göre cezalandırılabilme şartıdır. Bazıları [273] ise takip şartı olduğunu kabul ederler. Biz de bu sonuncu fikre iştirak ediyoruz. Şöyle düşünüyoruz : Failin Türkiyede bulunması fiilin ağırlığını belirten bir netice değildir. Kaldı ki çok defa failin hareketi ile Türkiyede bulunması arasında sebebiyet münasebeti dahi yoktur. Fiil, cezalandırılabilen bir fiildir. Suçun işlendiği anda Devletin ceza vermek hakkı doğduğu muhakkaktır, fakat bu hakkın kullanılması için, yâni ceza dâvasının açılabilmesi ve yürütülmesi için failin Türkiyede bulunması lâzımdır.

b) Mütekabiliyet şartı. Türk Ceza Kanununun 167 nci maddesi, ecnebi devletlerle bunların reis ve elçileri aleyhindeki cürümlere ait hükümlerin tatbikinde mütekabiliyet esasını vazetmektedir. Ranieri [274] gibi, mütekabiliyet şartının da cezalandırılabilme şartını iddia edenler vardır. İtalyan Yargıtayının da bu yolda bir kararı mevcuttur[275]. Buna mukabil meselâ Battaglini, ön - şart olduğu fikrindedir [276].

Biz de mütekabiliyet şartının takip şartı olduğu kanaatindeyiz. Zira bu şart ile fiilin ağırlığı arasında hiç bir münasebet mevcut değildir. Şart tahakkuk etmese de fiil cezalandırılabilen fiildir, sadece failin cezalandırılması için böyle bir şart koşulmuştur. 167 nci maddede kanunun tatbikinden bahsolunması da müşahhas cezalandırma bahis mevzuu olduğunu göstermektedir.

c) Suçüstü yakalanma şartı. Türk Ceza Kanunu meselâ 544 ve 571 inci maddelerinde dilencilik eden kimsenin suç üstü yakalanmasını şart koşmuştur. Bu şartı da ekser müellifler [277] cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmişlerdir. Suçun esasli ârızî unsurlarından olduğu da ileri sürülmüştür [278].

---

[272] RANIERI : *Diritto penale*, s. 142; BETTIOL : *Diritto penale*, s. 140; ANTOLISEI : *Elementi*, s. 263; MAGGIORE . *Diritto penale*, c. I, s. 212; PANNAIN : *Manuale*, s. 273; SABATINI : *Istituzioni*, c. I, s. 260.

[273] MUSOTTO : *Le condizioni obiettive di punibilità*, s. 34; ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 80; VANNINI : *Manuale*, s. 69.

[274] RANIERI : *Diritto penale*, s. 141.

[275] İtalyan Yt : 17/4/1936, (*Annali*, 1937, s. 346).

[276] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 64.

[277] PANNAIN : *Manuale*, s. 273; ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 80; RANIERI : *Diritto penale*, s. 143; ANTOLISEI : *Elementi*, s. 263 : BETTIOL : *Diritto penale*, s. 140; MAGGIORE : *Diritto penale*, c. I, s. 212; MANZINI : *Trattato*, c. I; s. 430; PERGOLA : *Il reato*, s. 351, 355.

[278] SABATINI : *Istituzioni*, c. I, s. 259.

Biz suçüstü yakalanma şartının takip şartı olduğu kanaatindeyiz. Bir kere bu şart, fiilin zararlılığını, ağırlığını göstermek için konulmuş değildir. Bu şart, bir kimsenin sarhoşluk veya dilencilik suçundan cezalandırılması için aranan bir şarttır. Bu itibarla takip şartıdır.

Böyle bir takip şartının konulmasına lüzum olup olmadığı ayrı bir meşeledir. Doktrinde bu şartın aleyhinde bulunanlar olmuştur [279]. Alman Ceza Kanunu ne sarhoşlukta ne dilencilikte (m. 360/14, 361/4), Fransız Ceza Kanunu dilencilikte (m. 274) ve yeni İtalyan kanunu keza dilencilikte (m. 670) bu şartı aramamışlardır.

Yalnız 1/10/1917 tarihli Fransız Kanunu sarhoşluğu suçlandırırken yakalanmaktan bahsetmiştir, fakat doktrin, zabıt varakasiyle isbatın şart olmadığını haklı olarak ileri sürmektedir [280]. Yeni İtalyan Kanununda sarhoşluktan yakalanma tâbiri vardır, fakat mahkemeler bunu tutulma mânasına değil, görülme mânasına anlamaktadır [281]. Biz her iki suçta da suçüstü yakalanma şartının konulmasına lüzum olmadığı kanaatindeyiz. Zira, dilenciliğin ve başkasına rahatsızlık veren sarhoşluğun cezalandırılmasını gerektiren mülâhazalar böyle bir şartı gerektirmemektedir, eğer maksat, teşebbüse mani olmak ise, bu maksat tasrih suretiyle elde edilebilir, diye düşünüyoruz.

ç) Şikâyet şartı. Şikâyet şartının doktrindeki durumunu evvelce belirtmiş bulunuyoruz (n. 159). Bizce şikâyet, takip şartıdır. Şöyle düşünüyoruz : şikâyet suç neticesinin ağırlığını göstermek için kabul edilmiş değildir. Meselâ hakarette, zinada şikâyetten önce suç tamam olmuş, suç unsuru olan hareket yapılmış, netice meydana gelmiştir. Bu neticelerin cezalandırılabilmeyi gerektirdiği, yâni cemiyete aykırı olduğu ve ağır bulunduğu tereddütsüz kabul edilmiştir. Fakat burada kanun koyucu bir başka bakımdan tereddüde düşmüştür. Filhakika mağduru himaye edelim derken dâva açmakla onun daha fazla zarara sokulmasına sebep olmak endişesi varit olabilir. Irzına geçilen kimse, hakarete maruz kalan kimse dâva açıldığı zaman, suçta gördüğü zarardan daha fazlasına maruz kalabilir. Onun için kanun koyucu mağdura *dâva açılmasını* isteyip istemediğini sormaktadır.

---

[279] YEKEBAŞ (A. Vehbi) : *Kanunu Ceza Şerhi, Bağdat*, 1327, s. 657.

[280] GORPHE : *Précis de droit pénal spécial*, 1945, s. 228.

[281] İtalyan Yt :6/11/1935, 5/4/1937 (CONTI SINIBALDI ve A. JANNITTI PIROMALLO : *Espsizione critica della giurisprudenza sul codice penale*, c. II, k. 2, s. 1056.

Yine onun içindir ki, sanıklardan bazıları hakkında şikâyet edip bazıları hakkında etmemek tecviz edilmez. Birinden şikâyet edilince, bu şikâyetin diğer şeriklere de sarî olduğu umumiyetle kabul olunmuştur [282]. Şikâyet vâki olunca, dâva görülebilecektir. Dâva görülürken şikâyetin geri alınması bahis mevzuu olabilir. Kanun koyucunun şikâyetin geri alınmasını da dâvanın görülememesi sebebi sayması mümkün, fakat kanaatimizce yersizdir. Fakat şikâyetin geri alınmasının cezalandırılabilmeyi ve dolayısiyle suçu ortadan kaldırdığını iddia etmek ise büsbütün hatalıdır (n. 171, g).

d) Talep. Devlet aleyhine işlenen suçlarda, Devletin organları vasıtasiyle yaptığı şikâyete talep denilir [283]. Meselâ yabancı memlekette Devlet aleyhine işlenen suçlarda talebi Adalet Bakanı yapar (CK 4, 6). Şikâyet ile talep arasındaki fark şudur ki, savcı şikâyet üzerine dâva açmıyabildiği halde, talep vaki olunca dâvayı açmağa mecburdur.

e) İzin. Devleti temsilen bazı organların âmme dâvasının açılmasında mahzur olup olmadığını bildirmelerine izin denilir. Kanunlarımızda mezuniyet denildiği de vardır. Milletvekillerinin muvakkat dokunulmazlığının kaldırılması kararı da bir izin mahiyetindedir.

Zamanaşımı suçun işlenmesinden işlemeğe başlıyacak, fakat, Devletin ceza vermek hakkını kullanması izin şartının tahakkukundan önce mümkün olmadığından zaman aşımının işlemesi duracaktır. Bu sebepledir ki, Ceza Kanunumuz 107 nci maddesinde âmme dâvasının açılmasının mezuniyet veya karar alınmasına bağlı olduğu hallerde zamanaşımının durması hükmünü koymuş, Anayasa da 17 nci maddesinde millet vekilliği süresi içinde zaman aşımının işliyemiyeceğini tasrih etmiştir.

Kanunun bu hükmünün, diğer takip şartlarına da teşmil edilmesi ve bunlar tahakkuk edinceye kadar geçen zaman içinde zamanaşımının durmasının kabul edilmesi icap ettiği kanaatindeyiz.

---

[282] EREM; *Türk Ceza Hukuku*, s. 98.

[283] İtiraf etmeliyiz ki kanunlarımızda kelimeler her zaman aynı mânada kullanılmış değildir. Bu sebeple, talep kelimesi de daima bu mânada kullanılmamıştır. Ceza Kanunumuzun 3 üncü maddesinde olduğu gibi izin yerine talep, 160 ıncı maddede olduğu gibi talep yerine izin denildiği vâkidir.

10. §

CEZALANDIRILABİLMEYE TESİR EDEN SEBEPLER

168 — Terminoloji.

Cezalandırılabilmeyi unsur olarak kabul edişimizin sebebi olarak, sadece onu kaldıran sebeplerin bulunduğunu ve şarta bağlanabildiğini göstermiştik (n. 122). Şimdi cezalandırılabilmeye tesir eden sebepleri tetkik edeceğiz.

Bu sebepler, doğrudan doğruya cezalandırılabilmeye tesir eden sebeplerdir. Suçun herhangi bir unsurunu kaldıran sebepler de dolayısiyle cezalandırılabilmeye mani olur. Biz dolayısiyle tesir eden bu sebeplerle meşgul olmıyacağız.

Cezalandırılabilmeye doğrudan doğruya tesir eden sebepler, suçun diğer unsurlarına tesir etmezler. Fiil tipik olmakta, hukuka aykırı bulunmakta devam eder.

Doktrinde cezalandırılabilmeye tesir eden sebeplerle cezalandırmağa tesir eden sebepler ekseriya bir tutulmuş ve bunlara Türkçe (tam mazeret sebepleri), Fransızca (excuses absolutoires) denilmiştir. İtalyan doktrini (cause impeditive della punibilità), (cause estinitive della punibilità), (cause di esclusione della punibilità), (cause di non punibilità) adını vermektedir.

Biz, cezalandırılabilmeye ve cezalandırmaya tesir eden sebeplerin, bu iki şey ayni olmadıklarına göre, ayrılmasına taraftarız ve birine cezalandırabilmeye tesir eden sebepler, diğerine cezalandırmaya tesir eden sebepler denilmesini doğru buluyoruz. Cezalandırmaya tesir eden sebepler arasında da bir tefrik yapmak ve önceden tesir edenlere ceza vermek hakkının doğmasına mani olan sebepler veya mazeret sebepleri demek ve sonradan tesir edenlere ceza vermek hakkını düşüren sebepler adını vermek muvafık olacaktır.

169 — Cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler.

Kanunî tipte tayin edilen fiilin karşılığında ceza müeyyidesi bulunması mânasına gelen cezalandırılabilmeye tesir eden sebeplerin tesiri,

bu unsurun teşekkülüne mani olmasıdır. Bu unsuru teşekkül ettikten sonra ortadan kaldıran bir sebep mevcut değildir.

Cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler üçtür:

1 — Birinci sebep tipi tesbit eden normda cezaî müeyyide konulmamış olmasıdır. Nasıl tipikliğe tesir eden kanunî tipin yokluğu ise, cezalandırılabilmeye tesir eden sebeplerin başında da, cezaî müeyyidenin yokluğu gelir. Bu prensip, «cezasız suç olmaz» vecizesiyle ifade edilegelmektedir.

2 — Varsa, cezalandırılabilme şartının tahakkuk etmemesi de, cezalandırılabilme unsurunun teşekkülüne mani olmasa da, cezalandırılabilmenin mevcut olup olmadığı hakkındaki tereddütleri yenmektedir. Bu itibarla cezalandırılabilmeğe tesir eden bir sebep gibi telâkkisi pek hatalı değildir.

3 — Milletvekillerinin mutlak dokunulmazlığı da cezalandırılabilmeye tesir eden sebeplerdendir.

Anayasamız, 17 nci maddesinde, milletvekillerinin Meclis içindeki oy, düşünce ve demeçlerinden ve bunları Meclis dışında söylemelerinden ve açığa vurmalarından sorumlu olmadıklarını kabul etmiştir. Milletvekillerinin mutlak dokunulmazlığı denilen bu hal, suçun bütün diğer unsurları olsa dahi, cezalandırılabilme unsurunu kaldırdığı için suçun teşekkülüne mani olmaktadır. Fiil hukuka aykırı olmakta devam etmektedir. Meselâ bu fiilden dolayı İçtüzük gereğince (m' 187, 188) disiplin cezası verilebilmektedir.

Mutlak dokunulmazlığın sadece cezalandırılabilmeyi kaldırdığını, hukuka aykırılığın bakî kaldığını söylememiz, bu hallerde haksız fiil olduğu ve tazminatı gerektirdiği neticesini çıkarmağa kâfi değildir. Her hukuka aykırı fiil, geniş mânada bir haksız fiil olmakla beraber, borçlar hukukundaki haksız fiil olmıyabilir. Bir diğer söyleyişle her haksız fiil, medenî mesuliyeti tevlit etmiyebilir. Borçlar Kanunumuz medenî mesuliyet için ayrıca zarar şartını da aramıştır. Başka kanunlar zarar olduğu halde de medenî müeyyideyi gerektirmeyi kaldıran halleri tasrih etmiş olabilirler. Anayasanın 17 nci maddesinde mutlak olarak sorumdan bahsedildiğine göre, bundan hem cezaî, hem medenî sorum anlaşılmak lâzımdır [284]. Meclis kürsüsünde demeç esnasında bir arkadaşına hakaret eden milletvekili aleyhinde ne suç ve ne de haksız fiile dayanılarak bir ceza veya tazminat dâvası açılabilir. Fakat bu vaziyette, fii-

[284] BAŞGİL: *Teşrii masuniyet meselesi.* İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1941, I, 14.

lin hukuka uygun olduğunu söylememize de imkân yoktur. Çünkü müsbet hukuk, bu hallerde disiplin cezası verileceği kaidesini koymakla, bir hukuka aykırılık olduğunu kabul etmiştir. Disiplin cezasını gerektiren fiillerde, hakikî cezaları gerektiren suçlar gibi, hukuka aykırı fiillerin bir nevini teşkil etmektedirler.

170 — Cezalandırılabilmeye tesir ettiği ileri sürülen sair sebepler:

a) Papanın ve hükümdarın sorumsuzluğu hakkındaki muhtelif memleketlerdeki anayasa hükümleri de bazı müelliflerce [285] cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler arasında göstrilmktdir.

b) Teşebbüsü tarif ederken, neticenin, failin elinde olmıyan sebeplerle husule gelmesini şart koşmıyan yeni İtalyan kanununa göre ihtiyariyle vazgeçmenin de cezalandırılabilmeye tesir ettiği ileri sürülmüştür [286].

c) Mecburiyet hali olmamasını, suçun cezalandırılabilme menfi şartlarından sayan Beling, mecburiyet halinin cezalandırılabilmeyi kaldıran objektif bir sebep olduğu fikrindedir [287]. Keza haklılık sebebi ile meşrûiyet sebebini ayırd eden Altavilla da haklılık sebepleri olduğu zaman fiilin meşrû olmadığını, fakat haklı görülerek cezalandırılmadığını söylemektedir [288]. Bu itibarla haklılık sebebi saydığı mecburiyet halini cezalandırılabilmeyi kaldıran sebep olarak kabul etmektedir.

d) Bütün hukuka uygunluk sebeplerini, cezalandırılabilmeyi kaldıran sebep olarak kabul edenler de vardır. Bu fikir taraftarlarına misal olmak üzere Florian [289] ve Erem [290]'i sayabiliriz. Bu fikre göre, suç objektif ve sübjektif bütün unsurlariyle tamamdır. Bu hallerde fiilin cezalandırılabilmesi ortadan kaldırılmakta, mazeretine binaen faile ceza verilmemektedir.

e) Carnelutti de mağdurun muvafakatini cezalandırılabilmeyi kaldıran bir sebep olarak göstermektedir. Müellif, bu sebebe *menedici cezaî*

---

[285] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. I, s. 369; RANIERI : *Diritto penale*, s. 61; BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 74.

[286] RANIERI : *Diritto penale*, s. 147; CARNELUTTI : *Teoria*, s. 56.

[287] BELING : *Die Lehre vom Verbrechen*, s. 53 (Contieri'den naklen : *Lo stato di necessità*, s. 115).

[288] ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 133.

[289] FLORIAN : *Trattato*, c. I, s. 523, n. 417.

[290] EREM : *Türk Ceza Hukuku*, s. 373.

şart (condizione penale impeditiva) yahut *cezalandırılamama şartı* (condizione di non punibilità) adını vermektedir.

f) İsnadiyeti kaldıran şahsî sebeplerin de cezalandırılabilmeyi kaldıran sebepler olduğu Antolisei tarafından ileri sürülmüştür [291]. İsnadiyeti, yeni İtalyan Kanunu anlamak ve istemek ehliyeti olarak tarif etmiştir (m. 85).

An'anevî ve bugün de hâkim olan doktrin, isnadiyeti, kusurluluğun bir unsuru olarak telâkki etmektedir. Antolisei, isnadiyeti kusurlulukla alâkadar görmiyen suça değil suçluya taallûk ettiğini söyliyen azınlığın fikrine iltihak eylemektedir. Bu müellif diyor ki : kast ve taksir ruhî durumları akıl hastalarında ve küçük çocuklarda da vardır. Bunlar kastla veya taksirle meselâ birisini yaralıyabilirler. Şu halde ananevî doktrin tatmin edici değildir. Bu doktrinin mühim bir kusuru da yeni İtalyan Kanununun getirdiği yeniliği hesaba katmamasıdır. Filhakika 1930 Kanununda isnadiyetten suç faslında değil, fakat suçlu faslında bahsedilmiştir. Deliler ve çocuklar hakkında emniyet tedbirleri alınmasından bahseden 222 ve 224 üncü maddelerde suçun ağırlığına bakılacağı yazılıdır. Suçun ağırlığını tayin için en mühim ölçü de kast ve taksir unsurudur. Görülüyor ki, kast ve taksir isnat kabiliyeti olmıyanlarda da mevcut olabilir ve hukukî neticeler doğurabilir. Müellif, ihtiyarî sarhoşluğun cezaî mesuliyeti kaldırmadığı hakkındaki İtalyan Kanununun 92 nci maddesine de istinat etmekte ve böyle sarhoşluk halinde isnat edilebilmenin kalmamış olması mümkün bulunduğunu ve buna rağmen kast veya taksir olduğunu söylemektedir. Bütün bunlardan çıkan netice şu olmaktadır ki, ceza ehliyeti olmadığı için cezalandırılamıyan bir kimsenin meselâ bir delinin işlediği fiil de suçtur.

g) Ceza vermek hakkını düşüren; mahkûmiyetten önce suçlunun ölümü, umumî af, şikâyetin geri alınması, ceza dâvası zamanaşımı, Ceza Kanunumuzun 119 uncu maddesinde bahis mevzuu olan önödeme (oblazione), kazaî af gibi sebeplerin de cezalandırılabilme unsuruna tesir eden sebepler olduğu da ileri sürülmüştür [292]. Bu sebepleri yeni İtalyan Kanununda olduğu gibi, suçu düşüren sebepler olarak telâkki edenler de vardır [293].

---

[291] ANTOLISEI : *Llementi*, s. 201, 260.

[292] RANIERI : *Diritto penale*, s. 147; ANTOLISEI : *Elementi*, s. 265; PANNAIN . *Manuale*, s. 465; BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 220.

[293] ALTAVILLA : *Lineamenti*, s. 167; VANNINI : *Manuale*, s. 233; BETTIOL: *Diritto penale*, s. 523.

h) Belli suçlarda belli vasıfları haiz failin cezalandırılmıyacağı hakkındaki kanun hükümlerinin (meselâ hırsızlık hakkında 524 üncü, yalan yere yemin ve şahadet hakkında 288 inci maddelerimiz hükümlerinin) cezalandırılabilmeye mani olan bir sebep olduğu iddia olunmuştur [294].

i) Belli suçlarda failin müteakip faaliyetlerine taallûk eden bazı hallerde failin cezalandırılmıyacağı hakkındaki kanun hükümlerini (meselâ kaçırma ve alıkoymada kaçırılan ve alıkonulan kimse ile failin evlenmesi hakkındaki 434 üncü, yalan şahadette rücu hakkındaki 289 uncu, ihtardan önce veya ihtarı müteakip silâhlı cemiyet veya çetenin dağılması hakkındaki 170 inci maddemiz hükümlerini) cezalandırılabilmeyi kaldıran sebep olarak telâkki edenler de vardır [295].

171 — Kanaatimiz.

Cezalandırılabilmeye tesir eden üç sebebi görmüş bulunuyoruz (n. 169). Bunlar haricinde kalan ve cezalandırılabilmeye tesir ettiği iddia iddia olunan (n. 170) sebeplerin böyle bir tesiri bulunmadığına kani bulunuyoruz, bu itibarla ileri sürülen iddiaları kısaca cevaplamak lüzumunu duyuyoruz.

a) Papanın ve hükümdarın cezalandırılmıyacağı hakkında, kanunlarında hükümler bulunan memleketlerde, bu hükümlerin cezalandırılabilmeye değil, cezalandırmağa tesir ettiği fikri [296] bize daha mülâyim gelmektedir. Kanun koyucu, ceza kanunlarını vazetmekle fiili işliyen herkesi cezalandırmak hakkının doğacağını kabul etmekte, fakat bazı istisnalar da koymaktadır. İşte, şayet hükümdar bu fiili işlerse, Devletin ceza vermek hakkı doğmıyacaktır. Bu kabil ceza vermemek hakkının doğmamasının kabul edildiği haller bizde de yok değildir. Fakat umumî değildir, hususîdir, yâni bazı suçlara münhasırdır. Birazdan bunlara temas edeceğiz (n. 171, h, i). Biz, bu şahısların memleketimizde işliyecekleri suçlardan dolayı diplomatlar gibi siyasî dokunulmazlıklarının bahis mevzuu olabileceğini düşünüyoruz. Siyasî dokunulmazlık ise hâkim olan kanaate göre [297] milletvekillerinin muvakkat dokunulmaz-

[294] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 220; RANIERI : *Diritto penale*, s. 147; SABATINI : *Istituzioni*, c. II, s. 6.

[295] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 243; RANIERI : *Diritto penale*, s. 148; SABATINI : *Istituzoni*, c. II, s. 7.

[296] GRISPIGNI : *Diritto penale*, c. I, s. 370.

[297] STRUPP : *Avrupa ve Amerika Umumî Hukuku Düvel Meseleleri*, İstan-

lığı gibi, tamamen usulîdir. Takibata mani olan bir sebeptir. Biz de bu fikre iştirak ediyoruz. İşlenen fiilin kanunda cezası vardır. Binaenaleyh, cezalandırılabilme vardır. Fakat fail cezalandırılamamaktadır. Mesele fiilin cezalandırılabilmesi değil, failin cezalandırıması meselesidir. Suç, cezalandırılabilme dahil, bütün unsurlariyle birlikte tamamdır. Fakat takibat muayyen sebeplerle başlıyamamaktadır. Milletvekili tekrar seçilmezse, eski elçi, böyle bir sıfatı olmadan tekrar memleketimize gelirse, zaman aşımı gibi bir sebeple ceza vermek hakkı düşmemiş olmak şartiyle ceza dâvası açmak ve takibata başlamak lâzımdır.

b) Bizce teşebbüs bahis mevzuu olmak için neticenin husule gelmemesi failin elinde olmıyan sebepler yüzünden olmak lâzımdır. Bu şart, İtalyan Kanununda olduğu gibi tasrih edilmese dahi, teşebbüsün kurucu şartlarından, unsurlarından biridir. Bu olmayınca teşebbüs bahis mevzuu olamaz. Fakat suçun cezalandırılabilmesi başka şeydir, o suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi bir başka şeydir. Bu itibarla neticenin meydana gelmemesinin, failin elinde olmıyan sebeplerden ileri gelmesinin suçun cezalandırılabilmesi ile alâkası olmadığına kani bulunuyoruz.

c) Mecburiyet halini cezalandırılabilmeğe tesir eden bir sebep olarak kabul etmemekteyiz. Bir kere, mecburiyet halini de meşrû müdafaayı da «istisnai kanuna uygunluk sebepleri» addettikten sonra meşrû müdafaada hukuka uygunluğu kabul edip, mecburiyet halinde etmemek, tezada düşmeyi kabul etmedikçe, mümkün değildir. Diğer taraftan, meşrû müdafaa ile mecburiyet hali arasında bu bakımdan bir fark gözetilmesi için bir sebep de göremiyoruz. Mecburiyet hali bizce hukuka aykırılığı kaldıran bir sebeptir (n. 116). Tesiri, hukuka aykırılık unsurunadır. Cezalandırılabilmeye tesiri dolayısiyledir.

d) Bütün hukuka uygunluk sebeplerinin, cezalandırılabilmeye tesir ettiği iddiası da ayni suretle reddolunmak icap eder. Hukuka aykırılık müstakil bir unsur olarak ele alınınca, bu sebeplerin bu unsura tesir ettiklerini kabul etmek lâzım geldiğini evvelce de görmüş bulunuyoruz (n. 110).

e) Mağdurun muvafakati de cezalandırılabilmeye tesir eden bir sebep değildir. Muvafakat fiilin hukuka aykırılığını kaldıran bir sebeptir (n. 116) ve cezalandırılabilmeye tesiri ancak dolayısiyledir.

---

bul, 1929, s. 174; BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 77; RANIERI : *Diritto penale*, s. 62; PETROCELLI : *Principi*, s. 184; TANER : *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 86.

f) Ceza isnadiyetinin (yâni ehliyetinin) cezalandırılabilmeye tesır eden bir sebep olduğunu da kabul etmiyoruz. Antolisei'nin vardığı netice, yâni ceza ehliyeti olmıyan kimsenin işlediği fiilin suç olması ehliyetin suç unsurlarından bulunmaması doğru olmakla beraber, biz daha ileri giderek cezalandırılabilme unsurunun da tamam olduğunu iddia ediyoruz. Antolisei cezalandırılabilmeyi unsur saymadığı ve tamamlanan suçun bir neticesi addettiği için, cezalandırılabilmenin kalkması, ona göre suçun tamamlanmasına mani değildir. Biz, cezalandırılabilmeyi bir unsur saydığımız ve yine suçun mevcudiyetini iddia ettiğimiz için burada yâni ehliyetsizlik halinde cezalandırılabilme unsurunun yine mevcut olduğunu, diğer bir söyleyişle ehliyetsizliğin, cezalandırılabilmeyi kaldıran bir sebep olmadığını kabul ve isbat etmeğe mecburuz. Aksi takdirde tezada düşmüş olurduk.

Filhakika suç unsuru olan cezalandırılabilmeden kast, fiilin cezalandırılabilmesi olduğuna göre, failin cezalandırılabilmesi yâni ehliyeti suç nazariyesinin dışında kalan bir mevzudur. Suçun teşekkülü ile bir alâkası yoktur. Diğer taraftan, cezalandırılabilmenin şümulü bahsinde belirttiğimiz gibi (n. 126), bir ceza kelimesini geniş mânada, yâni tenkilî müeyyide mânasına alıyoruz. Bu itibarla bugün emniyet tedbirlerini suçun işlenmesinden sonra kabul eden ikici sistemi benimsiyen mevzuat tarafından cezalandırılmayıp hakkında emniyet tedbiri tatbik edilen kimselerin işledikleri fiillere de suç diyoruz, çünkü bunlarda da cezalandırılabilme unsurunun mevcudiyetini kabul ediyoruz.

g) Umumî af, şikâyetin geri alınması, ceza dâvası zamanaşımı gibi sebeplerin de cezalandırılabilmeye tesir ettiklerini de kabul etmiyoruz. Bu sebepler, kanaatimizce, ceza vermek hakkına tallûk etmekte ve kullanılmaz hale getirdikleri bu hakkı düşürmektedirler. Cezalandırma ile cezalandırılabilme arasındaki farka dikkat edilmemesi bu sebeplerin cezalandırılabilmeye yâni suça tesir ettiği zehabını uyandırmıştır.

Evvelce de bir münasebetle belirttiğimiz gibi (n. 122, I). bu sebeplerin yeni İtalyan Kanununda adlandırıldığı şekilde, suçu düşüren sebepler de olmadığı fikrindeyiz. Eski İtalyan Kanununda, Kanunumuzdaki gibi, âmme dâvasını düşüren sebepler diye gösterilmiş olan bu sebepleri suçu düşüren sebep diye adlandıran yeni İtalyan kanun koyucusu şöyle düşünmüştür [298] :

Suç, hukukî bir fiildir. Çünkü hukukî bir neticesi vardır. Fiilin ceza dediğimiz bu hukukî neticesini meydana çıkartan bu sebep o fiilin

[298] *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, n. 76.

hukukî mahiyetini, yâni suç oluşunu da ortadan kaldıran bir sebeptir. Fiil, maddî fiil olarak veya bir diğer tâbirle tarihî fiil olarak tabiî silinmiş, ortadan kalkmış değildir. Devletin cezalandırmak iddiasının tahakkuku imkânı kalmadığı zaman, bu sebeple suçun düşmesinden bahsolunabilir. Kaldı ki ceza dâvasının düşmesinden bahsolunması doğru değildir. Suç olmayınca dâva da olamıyacağı için suç düşmesi tâbirinde dâva düşmesi de dahildir. Fakat cezalandırma iddiasının bir vasıtası olan dâvaya izafetle dâvanın düştüğünü söylemektense, bu iddianın düştüğünü söylemek daha doğru olur. Bir müesseseyi hakkiyle tanımak için şu veya bu neticeyi değil, o neticeyi doğuran prensibi belirtmek lâzımdır.

Battaglini de, zaman aşımı, umumî af gibi bazı sebeplerin cezalandırılabilme unsurunu kaldırdıklarını, bu itibarla bir unsuru eksik olduğu için suçun düştüğünü söylemektedir [299].

Kanaatimizce, suç düşmesi tâbiri de uygun değildir. İtalyan kanun koyucusu, bir müesseseye ad konurken bu ad ile o müessesenin mahiyetinin belirtilmiş olması lüzumuna işaret ederken haklıdır, fakat bu kaideyi kendisinin iyi tatbik edebildiği fikrinde değiliz. Suçun maddî fiil olarak mevcut kaldığı, meselâ ölen adamın dirilmediği muhakkak. Bu itibarla Antolisei [300] gibi, tarihî bir fiil olan suçun düşmiyeceğini ileri sürmeğe lüzum yoktur. Fakat hukukî fiil olarak da suç tamamen düşmüş değildir, düşme sebebi kendisine taallûk etmiyen şerik hakkında bütün neticelerini meydana getirmekte devam eder. Hattâ düşme sebebi kendisine taallûk eden şerik hakkında da bir başka suçu vesilesiyle hüküm ifade etmekten hâli kalmaz. Tekerrürde, mürekkep suçlarda olduğu gibi. Hülâsa düşen hukukî mânada alınsa dahi suç değildir. Suçlunun cezalandırılmasına taallûk eden Devletin ceza vermek hakkıdır. Bu itibarla ceza vermek hakkının veya cezalandırmanın düşmesi demek daha muvafık olacaktır. Garraud'nun ceza dâvası zaman aşımı yerine takip hakkı zaman aşımı (prescription du droit de poursuite) demesini de [301] bu sebeple yerinde bulmamaktayız. Bu sebepleri dâvayı düşüren sebepler olarak tamamen usulî mahiyette görmek istememeyi anlıyoruz. Fakat bu takdirde yapılacak yegâne iş, suçun düştüğünü söylemek değildir. Suça tesir yerine ceza vermek hakkına, ceza mesuliyetine tesirden bahsedilmelidir. Suç başkadır, suçtan dolayı failinin cezalandırılması yâni ceza mesuliyeti yine başkadır.

[299] BATTAGLINI : *Diritto penale*, s. 89.

[300] ANTOLISEI : *Elementi*, s. 265.

[301] *Traité*, c. II, s. 541.

h) Bazı suçlarda failin şahsî vasıfları bakımından cezalandırılmaması hakkındaki hükümlerin de cezalandırılabilmeye mani bir sebep olduğunu kabul etmiyoruz. Bu sebeplerin cezalandırılabilmeye tesirinin kabul edilmesi, suçun teşekkülüne mani olacak ve objektif istiare sistemini kabul eden mevzuata göre iştirake de imkân vermiyecektir[302]. Meğer ki İtalyan Kanununun 119 uncu maddesinde olduğu gibi cezaya mani olan sebepler adı altında suçun düşmesi sebeplerinin, yâni suçun düşmesinin ancak, taallûk ettiği şahsa münhasır olduğu iddia olunsun. Suç ise ya düşmüştür, ya düşmemiştir. Bazı şerikler hakkında düşmesi, başıları hakkında düşmemesi kabul olunamaz. Bizce, evvelce de belirttiğimiz gibi (n. 122, I d), meselâ hırsızlıkta şeriklerden birinin hattâ aslî failin oğul olması fiilin cezalandırılabilmesine, yâni suça değil oğulun cezalandırılmasına taallûk eder. Kanun koyucu hırsızlığı tarif etmiş ve bu fiili müeyyide altına almıştır. Bu hareketiyle o fiili işliyen herkes, hakkında Devletin ceza vermek hakkının doğacağını kabul etmiştir. Fakat bazı kimseler hakkında ceza vermek hakkının doğmamasını, o kimselerin cezalandırılmamasını kanun koyucunun şu veya bu sebeple istemesi mümkündür. İşte bu takdirde yapacağı iş, o kimselerin o fiili işleseler bile cezalandırılmıyacaklarının tasrihidir.

Kanun koyucu iki şekilde hareket edebilirdi. Ya suçun tarifi içinde böyle bir istisna vazederdi. Meselâ bir kimse ana ve babasından maada bir kimsenin taşınabilir malını, faydalanmak kasdiyle alırsa, derdi. Bu takdirde failin şahsî vasfı, hareketin mevzuu olarak suç unsuru mahiyetini alır ve oğulun çalması hırsızlık sayılmazdı. Yahut kanun koyucu hırsızlık tarifinde umumî tâbir kullanır, oğulun cezalandırılmıyacağını ayrıca tasrih edebilirdi. Bu ikinci şeklin kanunlarda tercih edilmiş olması sebepsiz değildir. Birinci şekil tercih edilmiş olsaydı, oğulun hareketi suç sayılmıyacağı için fer'î şerikler de cezalandırılamazdı. Halbuki ikinci şekil, yâni cezalandırılabilmeye değil, cezalandırmağa tesir kabul edilmek suretiyle, diğer şeriklerin cezalandırılmasına mani olunmamak istenmiştir.

i) Failin müteakip faaliyetleri sebebiyle bazı hallerde cezalandırılmamasını derpiş eden hükümlerin de fiilin cezalandırılabilmesine değil, failin cezalandırılmasına taallûk ettiğini, yukarıda h bendindeki mülâhazalara istinaden, kabul etmekteyiz.

---

[302] Bu hususta bak. KUNTER: *Suçortaklığında sorum ve ceza*. İstanbul Hukuku Fakültesi Mecmuası, 1947, I, 76.

172 — Cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler ve tam mazeret sebepleri hakkındaki telâkkiler.

Bilhassa Fransız doktrininin cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler mefhumunu, failin cezalandırılmasına mani olan sebepler mânasına aldığını ve bunlara tam mazeret sebepleri adını verdiğini belirtmiş bulunuyoruz (n. 168). Beraat ve muafiyet sebepleriyle tam mazeret sebepleri arasında şu farkların bulunduğu ileri sürülmektedir [303]:

1) Beraat ve muafiyet sebeplerinde fiil suç mahiyetini kaybeder. Mazeret sebeplerinde ise fiil suç mahiyetini kaybetmez. Kusurluluk vardır.

2) Beraat ve muafiyet sebeplerini sorgu hâkimi takdir edebilir. Mazeret sebeplerini ancak mahkeme takdir eder.

3) Suç yoksa beraat, tam mazeret sebebi varsa ademi mesuliyet kararı verilir.

Bu fikirler Türk doktrininde de yer bulmuştur. Sayın Hocamız Taner de, «hukuku âmme dâvası açıldıktan sonra ve ilk tahkikat neticesinde sorgu hâkimi herhangi beraat veya muafiyet sebebini nazara alarak ona göre maznun hakkında muhakemenin men'ine karar verebildiği halde, hâdisede tam mazeret sebebi bulunsa bile, muhakemenin men'ine karar vermeyip, keyfiyetin tesbit ve takdirini mahkemeye bırakması iktiza eder» demektedir [304].

173 — Kanaatimiz.

Biz, fiilin cezalandırılabilmesine tesir eden sebeplerle failin cezalandırılmasına tesir eden sebeplerin ayrılmasına taraftar olduğumuz için (n. 168) bu sebeplerin tesirlerini de ayrı ayrı mütalâa edeceğiz.

I. Suçun bir unsuru olan cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler bir unsurunu eksilttikleri için suçun teşekkülüne mani olur. Bu itibarla maddî veya mânevî unsurlarından biri eksik imiş gibi ortada suç yoktur. Usulî neticeler de buna göre tesbit edilmek lâzımdır. Hazırlık tahkikatında savcı farkına varırsa, âmme dâvasını açmaz, ademi takip kararı verir. İlk tahkikat sonunda sorgu hâkimi muhakemenin men'ine karar verecektir. Son tahkikatta ise beraat kararı verilmesi lâzımdır.

---

[303] DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, s. 438; GARRAUD: *Précis*, s. 464; VIDAL ve MAGNOL: *Cours*, s. 182.

[304] TANER: *Ceza Hukuku*, s. 439.

II. Suça değil, fakat failin cezalandırılmasına tesir eden bir sebep varsa, bu takdirde ya ceza vermek hakkının doğmasına mani olmak, yahut doğan bu hakkın düşmesi neticesini tevlit etmek bahis mevzuudur. Birincisine mazeret sebepleri, ikincisine düşme sebepleri diyebiliriz. Fakat her ikisinde de eğer bu sebepler varsa, âmme dâvası açılamıyacaktır. Açıldıktan sonra farkına varılmışlarsa açılmış olan dâva düşecektir. Netice bir olmakla beraber, tesirlerinin farkını göstermek üzere sebeplerin böylece iki grupa ayrılması muvafık olacaktır.

Mazeret sebepleri ve düşme sebepleri bulunduğu takdirde, ortada suç bulunduğuna göre, usulî neticeler, cezalandırılabilmeye tesir eden sebeplerinkinden farklı olacaktır.

Son tahkikatta, kanaatimizce düşme sebeplerinde olduğu gibi, mazeret sebeplerinde de kıyasen düşme hükmü vermek lâzımdır. Suça rağmen failin cezalandırılmıyacağı hakkında sarahat varken, failin cezalandırılması için açılmış olan bir dâva, kanunsuz olarak açılmış demektir. Düşürülmesi lâzımdır. Her iki halde de cezalandırma hakkı yoktur ki kullanılması bahis mevzuu olsun.

Bu sebepler ilk tahkikatta da meydana çıkabilir. Sorgu hâkiminin bu sebepleri takdir edemiyeceği fikrine iştirak edemiyoruz. Bizce, işin mahkemeye sevkini icap ettirecek kâfi sebepler mevcut olup olmadığını tayin hususuna münhasır olduğu kabul edilse dahi [305], maddî ve kanunî meseleleri takdire salâhiyetli olan [306] sorgu yargıcı, tam mazeret sebeplerinin mevcudiyetini de tesbit ve takdir edebilir. Ceza verilmiyecek bir husus için işin mahkemeye sevki neden lâzım gelsin? Dâvanın kanunsuz olarak açıldığı anlaşılınca, neden dâva daha ileri bir safhaya sevkedilsin? Bu hususta kâfi deliller varsa, sorgu hâkiminin, düşme sebeplerinde olduğu gibi, düşme kararı vermesi lâzım geleceğini düşünüyoruz. Her ne kadar Alman müellifleri muhakemenin men'i kararı verilmesi lüzumundan bahsetmişlerse de [307], Almanyada son tahkikatta da düşme kararı verilmediğini hatırlamak lâzımdır. Bu sebeple, kanunumuza göre, dâva yahut dâva açılması şartlarından birinin eksik olmasına rağmen, kamu dâvası açılmış ise yahut kamu dâvasının devamına mani bir sebep bulunduğu halde yine bu dâvaya devam olun-

---

[305] TANER : *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 1945, s. 267.

[306] Yt CGk : 16/5/1938, 219 - 299 (neşredilmemiştir).

[307] LÖWE : m. 203, n. 1, (Kantar'dan naklen : *Ceza Muhakemeleri Usulü*, ikinci kitap, s. 55); SCHWARZ : *Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi*, Ankara, 1939, m. 203, n. 1.

muş ise, muhakemenin men'ine karar verileceği fikrine [308] iştirak edememekteyiz.

Hattâ biz, hazırlık tahkikatında dahi, tam mazeret sebeplerinin savcı tarafından takdir edilebileceği kanaatindeyiz. Eğer savcı, failin cezalandırılmaması sebeplerinden birinin mevcut olduğunu görürse bundan ceza dâvasını açmağa hakkı olmadığı mânasını çıkarmalı ve ademi takip kararı vermelidir.

---

[308] KANTAR : *Ceza Muhakemeleri Usulü*, k. II, s. 55.

BİBLİYOGRAFYA

(Burada, mevzua çok yakından temas eden ve kitapta kısaltma adla gösterilen umumî eserler hakkında bibliyografik izahat verilmiştir. Sair eserler için kitapta zikrolunduğu yerlere bakılmalıdır.)

ALTAVILLA (Enrico) : *Lineamenti di diritto criminale.* 2. bası, Napoli, 1932.

— *Teoria soggettiva del reato.* Napoli, 1933.

— *Manuale di diritto penale.* Parte generale. Napoli, 1934.

ANTOLISEI (Francesco) : *Elementi di diritto penale.* Parte generale. Torino, 1944.

— *Manuale di diritto penale.* Parte generale. Milano, 1947.

BATTAGLINI (Giulio) : *Diritto penale.* Parte generale. 2. bası. Bologna, 1940.

BERNER (A. B.) : *Trattato di diritto penale.* 13. basıdan tercüme italyanca 2. bası. Milâno, 1892.

BETTIOL (Giuseppe) : *Diritto penale.* Parte generale. Palermo, 1945.

BINDING (Karl) : *Compendio di diritto penale.* Parte generale. 8. basıdan tercüme, Roma, 1927.

CARNELUTTI (Francesco) : *Teoria generale del reato.* Padova, 1933.

— *Lezioni di diritto penale.* k. 1, Il reato. Milâno, 1943.

CARRARA (Francesco) : *Programma del corso di diritto criminale,* 11. bası, Firenze, 1924.

— *Opuscoli di diritto criminale.* 3. bası. Prato, 1878.

DONNEDIEU DE VABRES (Henri) : *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée.* 3. bası, Paris, 1947.

EREM (Faruk) : *Türk Ceza Hukuku.* c. I, Genel Hükümler. Ankara, 1949.

FERRI (Enrico) : *Principii di diritto criminale.* Torino, 1928.

FLORIAN (Eugenio) : *Trattato di diritto penale.* Parte generale. 4. bası, Milâno, 1934.

GARRAUD (René) : *Traité théorique et pratique du droit pénale.* 3. bası, Paris, 1913.

GARRAUD (René ve Pierre) : *Précis de droit criminel.* 15. bası, Paris, 1934.

GRAMATICA (Filippo) : *Principii di diritto penale soggettivo.* Torino, 1934.

GRISPIGNI (Filippo) : *Diritto penale italiano.* 2. bası, Milâno, c. I ve II, 1947.

HAUS (J. J.) : *Principes généraux du droit pénal belge.* 3. bası, Gand, 1879.

HIPPEL (R. von) : *Manuale di diritto penale.* 1. basıdan tercüme, Napoli, 1936.

JANNITTI PIROMALLO (Eugenio) : *Carso di diritto criminale,* Roma, 1932.

KANTAR (Baha) : *Ceza Hukuku*, Ankara, 1937.

LISZT (Franz von) : *Traité de droit pénal allemand.* 17. basıdan tercüme, Paris, 1911.

LOGOZ (Paul) : *Commentaire du Code pénale suisse.* Partie générale. Neuchatel - Paris, 1939.

MAGGIORE (Giuseppe) : *Diritto penale.* c. I. Parte generale. 5. bası, 1949.

MAGNOL (Joseph) ve VIDAL (Georges) : *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire.* 8. bası, Paris, 1935.

MANZINI (Vincenzo): *Trattato di diritto penale italiano.* 2. bası. Torino, 1920.

MASSARI (Eduardo) : *Il momento esecutivo del reato.* Contributo alla teoria dell'atto punibile. Pisa, 1923.

MEZGER (Edmund) : *Diritto penale.* 2. basıdan tercüme, Padova, 1935.

MORO (Aldo) : *L'antigiuridicità penale.* Palermo, 1947.

MUSOTTO (Giovanni) : *Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato.* Palermo, 1936.

ORTOLAN (J.) : *Eléments de droit pénal.* 5. bası, Paris, 1886.

PANNAIN (Remo) : *Manuale di diritto penale.* Parte generale, Roma, 1942.

PERGOLA (Ubaldo) : *Il reato.* Roma, 1930.

PETROCELLI (Biagio) : *Principii di diritto penale.* c. I. Padova, 1944.

— *L'antigiuridicità.* 1. Kısım. 2. bası. Padova, 1947.

RANIERI (Silvio) : *Diritto penale,* Parte generale. Milâno, 1945.

ROCCO (Arturo) : *L'oggetto del reato.* Roma, 1932.

ROMANO DI FALCO (Enrico) ve SALTELLI (Carlo) : *Commento teorico - pratico del nuovo Codice penale.* 2. bası, 1940.

ROSSI (Pellegrino) : *Traité de droit pénal.* 3. bası. Paris, 1863.

SABATINI (Guglielmo) : *Istituzioni di diritto penale.* Parte generale. c. I, 4. bası, 1946, c. II, 3. bası, 1945.

SALTELLI (Carlo) ve ROMANO DI FALCO : *Commento teorico - pratico del nuovo Codice penale.* 2. bası, 1940.

SANTORO (Arturo) : *Teoria delle circostanze del reato.* Roma, 1933.

TANER (Tahir) : *Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu şerhi.* 2. bası, İstanbul, 1947.

VANNINI (Ottorino) : *Manuale di diritto penale.* Parte generale. Firenze, 1947.

— *Lineamenti di diritto penale.* Firenze, 1932.

VIDAL (Georges) ve MAGNOL : *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire.* 8. bası, Paris, 1935.

VILLEY (Edmond) : *Précis d'un cours de droit criminel.* 6. bası, Paris, 1906.

MÜELLİFE GÖRE ARAMA CETVELİ

MEVZUA GÖRE ARAMA CETVELİ

İ

K

M

KANUNA GÖRE ARAMA CETVELI

I. TÜRK KANUNLARI

II. YABANCI MEMLEKET KANUNLARI

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

SUÇ UMUMÎ NAZARIYESI VE BUNUN IÇINDE SUÇUN KANUNÎ UNSURLARI NAZARİYESİNİN YERİ

BİRİNCİ KISIM

TİPİKLİK

1. § Tipikliğin unsur olarak kabulü

6. § Hukuka akyırılığın mevcudiyeti

7. § Hukuka hususi aykırılık

8. § Hukuka aykırılığa tesir eden sebepler

ÜÇÜNCÜ KISIM

CEZALANDIRILABİLME

1. § Cezalandırılabilmenin unsur olarak kabulü

2. § Cezalandırılabilmenin şümulü

3. § Şarta bağlı cezalandırılabilme

Sahife

8. § Cezalandırılabilme şartlarının takip şartlarından ayırdedilmesi

9. § Cezalandırılabilme şartlarına misaller

10. § Cezalandırılabilmeye tesir eden sebepler

DÜZELTMELER

(Bütün dikkatimize rağmen gözümüzden kaçmış olup sonradan rastladığımız aşağıda gösterilen tertip hatalarının düzeltilmesi rica olunur.)

Yanlışı	Doğrusu	Yeri
Tanner	Taner	s. 28, not 42
Lezioni, s. 137	Elementi, s. 73	s. 30, not 52
délictureux	délictueux	s. 88, satır 11
Halschner	Hälschner	s. 92, satır 1, not 67
Panieri	Ranieri	s. 112, not 139
Antilisei	Antolisei	s. 136, not 247
(m. 106)	(n. 106)	s. 144, satır 1
Teoria s. 417	Principi, s. 417	s. 144, not 280
mnefi	menfi	s. 161, satır 23
che eschudono	che escludono	s. 161, satır 26
Carraud	Garraud	s. 166, not 349
Renieri	Ranieri	s. 174, satır 27
Trattaro	Trattato	s. 197, not 87
coidizione	condizione	s. 202, not 106
(n. 68 : 2)	(m. 68 : 2)	s. 214, satır 2
Cezaandırılabilme	Cezalandırılabilme	s. 227, 8. § başlığı
dğeri	diğeri	s. 239, satır 18
Llementi	Lineamenti	s. 252, not 291
bulmamaktayız	bulmaktayız	s. 256, satır 31